J. pract.
280
c

F. pradt

280c – 8

J. pract.
280c

Vorträge

über den

bürgerlichen Prozeß

von

Dr. **Anton Stabel**,
Direktor des Großherzogl. Badischen oberrheinischen Hofgerichts,
Ritter des Zähringer Löwen-Ordens.

I. Heft, enthaltend: I. Buch, Allgemeinste Grundsätze.

Heidelberg,
Universitätsbuchhandlung von **Karl Winter**.
1845.

I. pract. 280 c

Inhalt.

Seite

§. 1. Begriff des Civilprozesses 1
§. 2. Quellen, Hülfsmittel, Literatur 3
§. 3. Höchste Aufgabe der Civilprozeßgesetze 3
§. 4. Grundprinzipien in Ansehung des Gerichtswesens . . . 4
§. 5. Geschäftskreis der bürgerl. Gerichte. (Civilprozeßsachen) . 5
§. 6. Fortsetzung. Neueres Recht. Administrativjustiz . . . 12
§. 7. Mehrheit der Gerichte in untergeordnetem und gleichgeordnetem Verhältniß zu einander. Besetzung derselben . 21
§. 8. Grundprinzipien in Ansehung der prozessualischen Thätigkeit 24
§. 9. Kein Verfahren von Amtswegen. (Verhandlungsmaxime) 27
§. 10. Zeit und Ordnung im Verfahren. Prozeßleitung . . . 30
§. 11. Behandlung einer Mehrheit von Streitfragen über dieselbe Streitsache 32
§. 12. Trennung des Verfahrens in Vor- und Beweisverfahren. 38
§. 13. Nebensachen. Zwischenpunkte. 40
§. 14. Vergleichung des älteren römischen Verfahrens . . . 41
§. 15. Behandlung einer Mehrheit von Rechtsstreitigkeiten
1) Im Falle ihrer Verschiedenheit 43
§. 16. 2) Im Falle ihrer Identität (exceptio rei judicatae) . 45
§. 17. Erfordernisse der Identität.
a) Eadem quaestio,
α) Identität des Streitobjects 47
§. 18 β) eadem causa petendi (Einheit des Klagegrundes) 51
§. 19 b) Identität der Personen 54
§. 20. 3) Im Falle der Connexität. Arten 62
§. 21. a) Materielle Connexität mehrerer Rechtsverhältnisse derselben zwei Parteien
α) Abhängigkeitsverhältniß 64
§. 22. β) Ausschlußverhältniß 68
§. 23. b) Materielle Connexität der Rechtsverhältnisse mehrerer Personen. Streitgenossenschaft
α) Streitgenossenschaft im engern Sinn 67
§. 24 β) Streitgenossenschaft im weiteren Sinn.
aa) Nebenintervention. Litisdenunciation . . 76
§. 25 bb) Hauptintervention 83
§. 26 cc) Adzitation — Beiladung. 96
§. 27. Zusammenhang bürgerlicher Prozeßsachen mit Straf- und Verwaltungssachen 97
§. 28. Aeußere Form des Verfahrens
1) Schriftlichkeit und Mündlichkeit 102
§. 29. 2) Oeffentlichkeit 103
§. 30. Rechtliche Natur der Prozeßgesetze. Nichtigkeiten . . . 103

Vorträge

über den

bürgerlichen Prozeß

von

Dr. **Anton Stabel,**
Director des Großherzogl. Badischen oberrheinischen Hofgerichts,
Ritter des Zähringer Löwen-Ordens.

Heidelberg.
Universitäts-Buchhandlung von Karl Winter.
1845.

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

Vorwort.

Bei meiner Ernennung zum Director des hiesigen Gerichtshofes wurde mir vorbehalten, die Vorlesungen, welche mir als Rechtslehrer an der hiesigen Hochschule mehrere Jahre hindurch übertragen waren, so weit thunlich, nebenher fortzusetzen. Die Ausführung liegt zwar noch im Ungewissen, um aber solche jedenfalls vorzubereiten und eher möglich zu machen, entschloß ich mich, den Hauptinhalt meiner Vorträge, zunächst über den Civilprozeß, heftweise dem Druck zu übergeben. Es war dieses um so nöthiger, weil ich, obwohl auf die bekanntesten Lehrbücher verweisend, dennoch, wie diese unter sich, eine abweichende Ordnung in der Darstellung des Einzelnen befolge. Sie ist von dem Streben geleitet, das innerlich nach den obersten Grundsätzen Verwandte auch äußerlich in möglichst nahen Zusammenhang zu bringen, oder doch die Verwandtschaft anzudeuten. Der Mangel an Citaten wird durch die überall angerufenen, reichlich damit ausgerüsteten Lehrbücher genügend ersetzt. Bei Verglei-

chung der neueren Prozeßgesetze habe ich die badische Prozeßordnung aus nahe liegenden Gründen und insbesondere darum vorzugsweise berücksichtiget, weil ich dadurch die fruchtbringende Ueberzeugung, wie nothwendig selbst bei diesem ausführlichen Gesetzbuche die fortwährende Anschauung seiner Grundlage, des gemeinen Rechts, ist, lebendiger zu machen hoffe.

Ich werde nach Kräften bemüht sein, die Fortsetzung alsbald folgen zu lassen.

Freiburg, im Sommer 1845.

Dr. **Stabel.**

Erstes Buch.

Allgemeinste Grundsätze.

---

§. 1. Begriff des Civilprozesses.

Martin §. 1—4. Linde §. 1. 8. 11 ff. Heffter §. 1 ff.

Gesetz und Recht empfangen Leben und Bedeutung nur durch eine Macht, welche gegen den Störer der Rechtsordnung mit unbesiegbarer Kraft einschreitet, um je nach Gestalt der begangenen Verletzung eine verwirkte Strafe zu vollziehen oder die Erfüllung einer Verbindlichkeit zu erzwingen. Nur der Staat ist im Besitze einer solchen Gewalt und außer ihm ist Niemand, also kein Privatmann berechtiget, für sich oder für Andere zur Realisirung von Rechten Gewalt zu brauchen, ausgenommen wo das Recht der Selbstvertheidigung begründet ist. Dieses Verbot der Privatgewalt oder Selbsthülfe, worüber schon die Anfangsgründe der Rechtswissenschaft das Nähere lehren, ist die erste Bedingung der öffentlichen Ordnung und kann deßhalb durch Verträge der Unterthanen für keinen Fall und in keiner Weise aufgehoben oder umgangen werden.

Damit jedoch diese Befugniß, welche der Staat zur Handhabung der Rechtsordnung ausschließlich besitzt, überall nur zu diesem Zwecke und nicht zur Ausübung von Unrecht, sey es

absichtlich oder aus Irrthum gebraucht werde, muß der Gebrauch derselben aus einer wohlbegründeten Ueberzeugung von dem Daseyn einer Rechtsverletzung hervorgehen und es ist deßhalb vor dem Vollzug einer Strafe oder eines Zwanges in jedem einzelnen Falle eine weitere Thätigkeit erforderlich, um die Gewißheit herzustellen, ob eine Verletzung von Seiten desjenigen, der einer solchen beschuldiget wird, vorliege oder nicht. Demnach unterscheiden sich bei dem Einschreiten des Staates gegen den Einzelnen drei Hauptmomente: diese Prüfung, causae cognitio, ihr Resultat, decisio, und endlich die zwangsweise Ausführung des letzteren, executio, wenn eine solche als nöthig erscheint.

Der Ausdruck „Prozeß" bezeichnet im weiteren Sinn diese ganze Thätigkeit, im engeren Sinn dagegen nur diejenige Funktion, welche die causae cognitio und decisio — mit Ausschluß der executio — zum Gegenstande hat (judicium).

Die prozessualische Thätigkeit zerfällt in zwei Hauptgattungen, in den Civil- und Criminalprozeß, deren frühere gemeinschaftliche Darstellung jetzt zweckmäßiger gesondert wird.

Während der Criminalprozeß sich mit der Verfolgung des dem Staate zukommenden Rechts der Bestrafung verbrecherischer Handlungen beschäftiget, soll durch den bürgerlichen oder Civilprozeß der Zweck des Rechtsschutzes in Ansehung der den Einzelnen zukommenden Rechte erreicht werden. (Vgl. §§. 5. 6.)

Bekanntlich ist jedem Rechtsverhältniß unter den Einzelnen eine Klage beigelegt, um dadurch die Staatshülfe zum Schutze desselben in Anspruch zu nehmen, nam nihil aliud est actio, quam jus, quod sibi debeatur, judicio persequendi;

l. 51. D. de obl. et act. 44. 7.

und die civilprozessualische Thätigkeit besteht daher in der Erhebung und Erledigung solcher — bürgerlicher — Klagen.

Die Definitionen des Civilprozesses sind übrigens verschieden, je nachdem man dabei die engere oder weitere Bedeutung des Ausdruckes „Prozeß" vor Augen hat. So ist es nur auf die erstere zu beziehen, wenn z. B. v. Gaisberg (s. Vorkenntnisse §. 64) den Civilprozeß als das Verfahren bezeichnet, wodurch aus einem dunklen Rechtsverhältnisse mittelst der richterlichen Hülfe ein klares entwickelt wird. Vergl. auch §. 5.

Ueber anderweite Eintheilungen des Civilprozesses vergleiche die cit. Compendien.

Der Prozeß wird durch bestimmte Gesetze regiert, welche sich nicht allein auf die Regeln des Handelns in demselben, sondern auch auf die Bedingungen und Eigenschaften des thätigen Subjects, insbesondere der, den Staat hier repräsentirenden Gerichte erstrecken. Die Theorie des Prozesses ist die Lehre dieser Gesetze und überdieß von Geboten der Klugheit und Zweckmäßigkeit, denen die Prozeßgesetze Manches überlassen müssen.

Die Civilprozeßtheorie handelt daher von dem Subject und dessen Thätigkeit in bürgerlichen Klagsachen.

§. 2. Quellen, Hülfsmittel, Literatur.

Vergl. Martin §. 5 ff. Linde §. 14 ff. 27 ff. Heffter §. 19 ff. §. 23 ff.

§. 3. Höchste Aufgabe der Civilprozeßgesetze.

„Sicherheit der Ermittlung der Wahrheit und des Rechts, Erreichung dieses Zweckes mit dem möglichst geringen Zeit- und Kostenaufwand; Vermeidung alles dessen, was das Vertrauen in die Rechtsverwaltung zu stören vermag" — dies ist die Aufgabe, — welche jeder Gesetzgeber bei Abfassung von Prozeßgesetzen zu lösen sucht, und welche die badische Gesetzgebungscommission bei dem Entwurfe der Prozeßordnung mit den angeführten Worten als die ihrige bezeichnet hat.

Die Schwierigkeit, alle diese Anforderungen in den vielen einzelnen Theilen der Prozeßgesetze zu vereinigen, ist um so größer, als die Erfüllung der Gebote des einen Zweckes

regelmäßig mit den Geboten eines anderen in Kollision geräth.

Vgl. v. Almendingen Metaphysik des Civilprozesses S. 48 ff.

Es wird dieses bei der Wahl der Gerichtsverfassung nicht weniger fühlbar als bei den Regeln für die prozessualische Thätigkeit selbst, und es ist daher begreiflich, wenn die einzelnen Legislatoren, obwohl sie überall den gleichen Endzweck, nämlich eine möglichst gerechte und möglichst schleunige Erledigung der Ansprüche auf die gerichtliche Hülfe zu erreichen suchen, dennoch verschiedene Mittel und Wege dazu eingeschlagen haben.

Die Grundideen, welche das gemeine deutsche und die ihm nachgebildeten Prozeßrechte der neueren Zeit aus dem römischen und kanonischen Rechte, sowie aus den Reichsgesetzen in sich tragen, sollen in dem I. Buche als Vorkenntnisse des Civilprozesses entwickelt werden.

§. 4. Grundprinzipien in Ansehung des Gerichtswesens.

1) Organisation besonderer Behörden für die Rechtspflege.

Obwohl die richterliche Function ihrer innern Natur nach wesentlich von anderen Staatszwecken und den darauf beruhenden Hoheitsrechten verschieden ist, so finden wir doch die Richtergewalt bei allen Völkern in der Vorzeit mit den übrigen Hoheitsrechten in den Händen der Häupter des Volkes im Krieg und im Frieden. Sie bildete einen wesentlichen Bestandtheil ihrer Macht. Nach der ältesten germanischen Verfassung war die richterliche Gewalt bei den Volksgemeinden, ging aber bald auf die Könige über, welche sie entweder selbst oder durch Beamte ausübten. Der Besitz dieser Gewalt blieb daher stets das Hauptkennzeichen der Landeshoheit.

Ein deutliches Bewußtseyn von der Aufgabe des Richteramts und von den Bedingungen einer würdigen Erfüllung derselben hat über die richtige Stellung der Richtergewalt gegenüber von anderen Hoheitsrechten und über die Nothwendigkeit g e t r e n n t e r Behörden für die r i c h t e r l i c h e Thätig-

keit und für die anderen Zweige der Staatsverwaltung längst keinen Zweifel mehr gelassen. Nebst dieser Trennung ist aber die Organisation der Gerichte selbst natürlich von der höchsten Wichtigkeit, denn der richtige Vollzug eines Auftrages ist wesentlich bedingt durch die Person des Mandatars und es müssen die besten Gesetze ohne Werth und Nutzen bleiben, wenn nicht für deren richtige Anwendung durch eine solche Verfassung und Besetzung der Gerichte gesorgt ist, welche Bürgschaft dafür gewährt, daß das Recht gefunden werden kann und gefunden werden will, d. h. daß es nicht an den erforderlichen Rechtskenntnissen fehlt, und daß die Reflexion, mittelst welcher Recht und Wahrheit gesucht werden soll, frei erhalten wird von allen Einflüssen, welche nach der Natur des Menschen geeignet sind, ihr eine falsche Richtung zu geben.

§. 5. 2) Geschäftskreis der bürgerlichen Gerichte. (Civilprozeßsachen.)

(M. §. 19—26. L. §. 10. 46—52. 67. Heffter §. 33 — 36. 98 — 102.)

Die Organisation besonderer Behörden für die richterliche Funktion bringt es von selbst mit sich, daß die Gränzen des Geschäftskreises der bürgerlichen Gerichte gegenüber von anderen Staatsbehörden genau bestimmt werden müssen. Es hat aber diese Begränzung nicht allein den formellen Zweck, Ordnung im Geschäftsgange zu erhalten und die aus dem Uebergreifen der einen Behörde in das Gebiet der anderen entstehende Verwirrung zu vermeiden, sondern sie ist auch aus materiellen Gründen von hoher Wichtigkeit. Jede Gattung von Staatsbehörden ist mit Rücksicht auf ihren individuellen Beruf und nach dem Erforderniß desselben organisirt und besetzt. Ferner sind die Formen der Behandlung der einzelnen Arten der Geschäfte sehr verschieden. Ein Eingriff der einen Behörde in den Geschäftskreis der anderen oder die Erledigung einer Angelegenheit in ungehöriger Form würde die Zwecke und die Bürgschaften vernichten, welche durch die betreffenden Anordnungen für die Handhabung des

Rechts erreicht werden sollen. Es ist deßhalb auch da, wo eine Staatsstelle in mehreren Zweigen der Staatsverwaltung zugleich funktionirt, wo z. B. die Justiz von der Verwaltung nicht scharf getrennt ist, die genaue Ausscheidung dessen, was ihr in der Eigenschaft als bürgerliches Gericht zu thun obliegt, mit andern Worten: die Begränzung der Civilprozeßsachen, wegen Anwendung der Regeln des Civilprozesses in den dazu geeigneten Fällen von wesentlicher Bedeutung.

Unter dem Titel „von den Civilprozeßsachen" wird nun gewöhnlich von absoluten und relativen Eigenschaften derselben gesprochen. Die ersteren enthalten die Merkmale, wodurch sich die Civilprozeßsachen von anderen Rechtsangelegenheiten unterscheiden, während als relative Eigenschaften solche Lehren erörtert werden, die auf einer ganz anderen Basis beruhen und von ganz anderen Gesichtspunkten aus zu betrachten sind, so, daß wesentlich verschiedene Prinzipien unter einem Titel zusammengestellt werden. Zur Vermeidung dessen ist hier nur von den ersteren Eigenschaften die Rede, von den zweiten aber an einem anderen Orte. (§. 20 ff.)

Schon aus §. 1. ergibt sich, daß die Thätigkeit der bürgerlichen Gerichte die Erledigung von Klagen auf Wiederherstellung verletzter Privatrechte zum Gegenstande hat. Damit ist einestheils ein bestimmter Zweck der Thätigkeit, anderntheils die Natur der Rechte, für welche der Zweck erreicht werden soll, sowie auch die Voraussetzung angedeutet, unter welcher die bürgerlichen Gerichte jener Rechtsverhältnisse wegen angegangen werden können.

Es handelt sich

I. um Rechte Einzelner. Ob nun aber alle Rechte der Einzelnen ohne Unterschied, oder ob nur eine bestimmte Klasse dieser Rechte zur Cognition der bürgerlichen Gerichte gehören, ist im folgenden §. mit Rücksicht auf die neueren Gesetze zu prüfen. Den Rechten der Einzelnen stehen gegenüber die Hoheitsrechte der Staatsgewalt. Die Handhabung

dieser Rechte geschieht durch die bürgerlichen Gerichte nur hinsichtlich der Civiljustizgewalt.

Dagegen wird das Recht des Staates, den Verbrecher zu bestrafen, durch die Criminalgerichte ausgeübt, und wenn auch die Strafe als Folge der Verletzung von Privatrechten eintritt, so hat doch der Einzelne auf die Erkennung der Strafe kein wohlerworbenes Recht, sondern nur auf die privatrechtlichen Folgen der strafbaren Handlung. Durch welche Behörden die übrigen Hoheitsrechte ausgeübt werden, namentlich die Gesetzgebung und die Verwaltung im engern Sinne, bestimmt die Verfassung des einzelnen Landes. Es sollen

II. vorhandene Rechte mittelst der Staatshülfe realisirt und geschützt werden. Wer also diese Hülfe begehrt, muß das Daseyn eines Rechts behaupten, denn durch die richterliche Thätigkeit können keine Rechte und Verbindlichkeiten neu begründet werden. Die Gerichte haben nur den gegenwärtigen Bestand des Rechts zu prüfen, und sofort zu entscheiden, ob die Staatshülfe im Fragefall zu gewähren oder zu verweigern sey. **Sententia judicis non est** ***constitutiva,*** **sed** ***declarativa.***

l. 8. §. 2. D. si servitus vind. 8. 5.

Nur ein ungerechtes Urtheil hat die entgegengesetzte Wirkung. Zwar gibt es nach dem Civilrecht Ansprüche, die nicht *ipso jure* wirksam sind, sondern erst dadurch in Wirksamkeit treten, daß sie der Richter auf erhobene Klage oder Einrede anerkannt hat, allein diese Anerkennung darf nicht durch Rücksichten der Zweckmäßigkeit geleitet werden, sondern nur durch eine strenge Prüfung der gesetzlichen Bedingungen ihrer Gewährung. Hiedurch unterscheidet sich der Beruf der Gerichte von jeder anderen Thätigkeit der Staatsbehörden, die sich mit Begründung und Auflösung von Rechten irgend einer Art befaßt. Sie unterscheidet sich insbesondere von der sogenannten **jurisdictio voluntaria**, oder der Rechtspflege in nicht streitigen Rechtssachen. Diese bezieht sich zwar ebenfalls auf rechtliche Interessen Einzelner, sie hat aber die

Entstehung, Veränderung und Aufhebung von Rechtsverhältnissen unter Mitwirkung von öffentlichen Beamten zum Gegenstande. Diese Mitwirkung besteht bald in einer bloßen Beurkundung juristischer Thatsachen, bald in einer Genehmigung oder Bestätigung von Rechtshandlungen **praevia causae cognitione**, weil solches entweder im öffentlichen Interesse oder im Interesse von Betheiligten, für welche der Staat sorgen muß, vorgeschrieben ist. Den bürgerlichen Gerichten ist zwar häufig auch diese Thätigkeit, wenigstens in der letzteren Richtung übertragen, allein es ist diese ihre Eigenschaft als Inhaber der **jurisdictio voluntaria** sehr wohl zu unterscheiden von der **jurisdictio contentiosa** oder den eigentlichen Civilprozeßsachen, bei welchen

III. die Behauptung einer Verletzung des Rechts vorausgesetzt wird. Ob in konkreten Fällen die Behauptung desjenigen, der die Staatshülfe anruft, unter einstweiliger Annahme ihrer Wahrheit, das Daseyn eines Rechtes und einer Verletzung desselben in sich schließe, ist strenge genommen keine dem Civilprozeß angehörige Frage. Doch pflegt man auch diesen Punkt bei den Merkmalen der Civilprozeßsachen zu berühren. Es wird dabei nicht selten das Merkmal des „Bestrittenseyns" mit dem Merkmal einer „Verletzung" des Rechtes verwechselt, indem man hauptsächlich das erstere als ein wesentliches Kennzeichen der Civilprozeßsachen darstellt und daher den Civilprozeß als das Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten bezeichnet.

Es kann die Existenz eines Rechts bestritten seyn, ohne daß eine Verletzung desselben vorliegt und so umgekehrt. Nur bei einzelnen Arten von Rechten fällt Beides zusammen, so namentlich bei Standesrechten, weil diese Rechte ihrer Natur nach in der wechselseitigen Anerkennung der Interessenten bestehen und mithin durch Nichtanerkennung verletzt werden. Bei Vermögensrechten aber begründet nur eine, dem Recht widersprechende positive Handlung oder Unterlassung eine Rechtsverletzung. Ist nun

1) die Verletzung eines Rechts behauptet und diese Behauptung gar nicht bestritten, so fällt zwar allerdings der Prozeß im engern Sinne (vergl. §. 1) als unnöthig hinweg, nicht aber die gerichtliche Thätigkeit im Allgemeinen. Einmal kann es sich erst nach gerichtlich erhobener Klage herausstellen, ob das Recht bestritten wird oder nicht, und sodann hebt die Anerkennung für sich allein die Nothwendigkeit eines ferneren Verfahrens der Gerichte nicht auf, sondern der Kläger kann immer noch der Execution bedürfen, um zu dem Seinigen zu gelangen. Man würde also den Wirkungskreis der bürgerlichen Gerichte nur unvollständig bezeichnen, wenn man denselben auf streitige Rechte beschränken wollte. In manchen Staaten, z. B. in Frankreich und England, ist die Thätigkeit der Gerichte zwar allerdings auf den Civilprozeß im engeren Sinn beschränkt, so, daß sie es nur mit streitigen Rechten zu thun haben, allein in Deutschland haben die Gerichte in der Regel auch die Execution zu leiten.

2) Nach einer anderen Seite hin ist jene Bezeichnung zu weit, weil ein Bestreiten für sich allein in der Regel noch kein Klagerecht begründet. Doch leidet diese Regel einzelne Ausnahmen und man ist namentlich darüber nicht einig, ob und inwieweit dieselbe dadurch aufgehoben werden kann, daß der Beklagte in die Verhandlung eines streitigen, aber noch nicht verletzten Rechtes einwilliget. Eine solche Einwilligung kann in Form einer Verabredung oder auch in der Weise stattfinden, daß der angeblich Verpflichtete den vorgeblich Berechtigten zur Erhebung einer Klage auffordert und dadurch folgeweise in die alsbaldige Verhandlung und Entscheidung einwilliget. In dem einen wie in dem anderen Falle steht die rechtliche Wirksamkeit der Einwilligung dessen, der als Beklagter erscheinen soll, in Frage, und es handelt sich dabei um jura futura, d. h. solche Rechtsverhältnisse, die zwar jetzt schon bestehen, aber in ihrer Realisirung noch von einem dies oder von einer conditio abhängen,

l. 10. 54. 55. D. de V. S. 50. 16.

und vorher auch nicht klagbar sind, wenn nicht etwa das Gesetz in einem einzelnen Falle aus besonderen Gründen die frühere Klagbarkeit eintreten läßt, vergl. z. B.

l. 24. §. 2. 3. l. 55. §. 2. locati 19. 2.

Gewiß ist nun, daß der Berechtigte da, wo die Möglichkeit der späteren Realisirung durch irgend einen Vorgang als gefährdet erscheint, einen Anspruch auf Ergreifung fürsorglicher Maßregeln hat.

l. 41. D. de jud. 5. 1.

Code civ. art. 1180.

Es wird ferner die Einklagung des Rechtes selbst, wo dieses nach Umständen zu dessen Realisirung nothwendig ist, zugelassen, z. B. im Gantprozesse. Sodann ergibt sich auch schon aus

l. 40. D. ad leg. Aq. 9. 2.

daß ein richterliches Urtheil über ein Recht, das noch bedingt ist, nicht zu den juristisch unmöglichen Erscheinungen gehört, so wie es von selbst klar ist, daß diejenigen Rechtslehrer oder Gesetze, welche eine Klageaufforderung wegen nicht reifer Rechte zulassen, vergl. z. B. bad. Proz.-O. §§. 773—775. 884, auch die Zulässigkeit der anderen Form der Einwilligung anerkennen müssen. Linde §. 47. not. 6. läßt daher mit Recht ein Verfahren über künftige Rechte mit Einwilligung des Beklagten zu. Vergleiche dagegen aber Höpfner Beiträge **II.** B. 1. Heft nro. 6.

Endlich sind auch darüber die Meinungen verschieden, ob der Kläger bei periodischen Leistungen, wenn nicht nur das Verfallene, sondern das Bezugsrecht überhaupt bestritten wird, sowohl über das erstere, als auch über das letztere — also über die Leistung pro praeterito et pro futuro — ein Urtheil begehren könne.

Vergl. oberhofg. Jahrbücher n. F. 8. B. S. 248.

Diese Streitfrage verliert jedoch ihre praktische Bedeutung, wenn die Grundsätze über die res judicata richtig angewendet werden, worüber das Nähere in §. 17.

Die bisherigen Voraussetzungen der Civilprozeßsachen enthalten von selbst die weiteren in sich: daß

1) die Beschwerde wegen Rechtsverletzung wider einen bestimmten Gegner gerichtet werden,

l. 62. D. de jud. 5. 1.

und daß dieser Gegner unter dem Gesetze stehen muß, und daher eine Verletzung desselben begehen kann.

Nach der ehemaligen Reichsverfassung stund nur die Reichsstaatsgewalt über dem Gesetze und konnte daher ihrer Handlungen und Anordnungen wegen vor keinem Richter belangt werden. Dagegen waren die Reichsstände an die Festhaltung der Reichsgrundgesetze in ihren Regierungshandlungen gebunden und eine Verletzung derselben begründete für den in seinen Rechten dadurch Gekränkten die Befugniß, klagend bei den Reichsgerichten aufzutreten.

Nach der heutigen Verfassung Deutschlands sind die — souverain gewordenen — Landesherrn nur noch den allgemeinen Bundesgesetzen unterworfen und wer über Verletzung dieser Gesetze sich beschweren will, muß sich an die Bundesversammlung wenden. Dagegen kann gegen die Verfügungen der gesetzgebenden Gewalt des einzelnen Staates vor dessen Gerichten — Reichsgerichte bestehen nicht mehr — keine Klage geführt werden, denn der Richter muß dieselben als Recht anerkennen, sobald sie in der gehörigen Form verkündet sind. Hiebei ist jedoch in konstitutionellen Staaten bestritten, ob der Richter an jedes Gesetz gebunden sey, sobald es vom Regenten als solches verkündet ist, oder ob der Richter auch noch weiter zu untersuchen berechtigt resp. verpflichtet sey, ob zur Erlassung der betreffenden Anordnung verfassungsmäßig die Mitwirkung der Landstände erforderlich und ob diese erfolgt sey.

Civ. Archiv 10. B. S. 145. 305.
17. B. S. 309.
24. B. S. 238. not. 28.

Ehe man diese Frage aus allgemeinen, dem Wesen der konstitutionellen Verfassung entnommenen Grundsätzen entscheidet, muß man allernächst auf die Verfassungsurkunde des betreffenden einzelnen Landes Rücksicht nehmen und sich an die daraus ergebenden Folgen binden.

Vergl. m. Vorträge über das franz. u. bad. Civilrecht §. 6.

Sodann folgt

2) aus dem Bisherigen von selbst, daß der Richter Normen haben muß, nach welchem er entscheiden kann (Linde §. 47), denn es gibt kein jus quaesitum und überhaupt keine Rechtswirkung ohne Gesetze und Thatsachen. Fehlt es an einem Gesetze für den erhobenen Anspruch, so muß er als unbegründet verworfen werden. **In quibus casibus lex deficit, non erit nec utilis actio danda.**

l. 64. §. 9. D. solut. matr. 24. 3.

Wäre aber die Bewilligung eines Anspruches von dem Gutfinden der Staatsbehörden abhängig, so kann hier, wie schon oben bemerkt, von einer richterlichen Function gar nicht die Rede seyn.

§. 6. Fortsetzung. Neueres Recht. Administrativjustiz.

Welchen Einfluß die Auflösung des deutschen Reiches auf die Rechtsverfolgung vor den bürgerlichen Gerichten hatte, wurde im vorigen §en angegeben. Es hat dadurch zwar die Möglichkeit, die einzelnen souverain gewordenen Landesregierungen vor den Gerichten zu belangen, in dem Maße aufgehört, in welchem vordem die Reichsstaatsgewalt keinem Richter untergeben war. Einen weiteren Einfluß auf den Umfang der Civilprozeßsachen kann man aber jenem Ereigniß für sich allein nicht zuschreiben. Dennoch wurde durch Landesgesetze und Praxis der Begriff der Civilprozeßsachen in den meisten deutschen Staaten auf ein kleineres Gebiet beschränkt, als sich solches nach der bisherigen Bezeichnung der Civilprozeßsachen herausstellt, und gemeinrechtlich angenommen war. Man hat

nach dem Vorbilde Frankreichs einen Theil der Rechtssachen, welche nach dem Obigen als Civilprozeßsachen erscheinen, von diesem Gebiete ausgeschieden und dafür eine sogenannte „Administrativjustiz" gebildet, welche für „administrativ kontentiöse Rechtssachen" bestimmt ist. Gegen die Zulässigkeit einer solchen Ausscheidung von streitigen Rechtssachen und gegen die Verweisung ihrer Verhandlung und Entscheidung vor die Verwaltungsbehörden haben sich schon viele und sehr gewichtige Stimmen erhoben. In dieser Beziehung genügt aber hier die Bemerkung, daß die Auflösung des deutschen Reiches für sich allein die Constituirung einer Verwaltungsjustiz nicht rechtfertiget, sondern daß jenes Ereignisses ungeachtet alles nach früherem Rechte beurtheilt werden muß, soweit nicht die Souverainität der einzelnen Staaten die schon erwähnte Ausnahme begründet. Dagegen ist es für diejenigen Staaten, in welchen sich eine Verwaltungsjustiz gebildet hat, von großer Wichtigkeit, das Gebiet derselben und folgeweise die daraus entspringende Beschränkung des Gebiets der Civilproceßsachen kennen zu lernen. Gerade aber diese Gränzlinie ist es, welche abgesehen von dem Streite, ob sie überhaupt gezogen werden soll, auch darüber, **wie** sie zu ziehen sey, gar verschiedene Meinungen veranlaßt hat, und deren Bestimmung in einzelnen Fällen stets Schwierigkeiten darbieten wird.

Die eigentliche und die Verwaltungsjustiz haben das mit einander gemein, daß es sich bei der einen wie bei der andern darum handelt, die **Existenz** von Rechten **Einzelner** zu prüfen und verletzte derartige Rechte in Schutz zu nehmen. Man muß sich daher sehr vor dem Irrthum hüten, die administrativ kontentiösen Sachen mit solchen Angelegenheiten zu verwechseln, die zu den **reinen Verwaltungssachen** gehören und dem Richteramt schon nach seinem natürlichen Begriffe fremd sind und von jeher fremd waren. Es ist ferner ein Irrthum, wenn man glaubt, es habe bei der Verwaltungsjustiz die Willkühr, das Entscheiden nach billigem Ermessen und nach Rücksichten des öffentlichen Wohls

einen gewissen Spielraum, der bei eigentlichen Civilprozeßsachen unzulässig sey. Wo solche Rücksichten obwalten dürfen, kann von einem durch die Gesetze wohl begründeten Rechte und daher von einer Richtergewalt gar keine Rede seyn.

Der Unterschied liegt blos in der Natur der Rechte und Pflichten, die beim Streit in Frage sind. Nach gemeinem Rechte — sowie auch gegenwärtig noch z. B. in Hessen-Cassel — wird nur darauf gesehen, ob das Recht eines Einzelnen verletzt seyn soll und es ist ganz gleichgültig, aus welcher Quelle dieses Recht abgeleitet wird, ob aus einem Staatsgrundgesetz, aus Civil- oder Polizeigesetzen.

Vergl. Gönner Handbuch B. II. Abhdlg. 21.
Pfeiffer praktische Erörterungen Band 3 u. 5.

Die Erledigung einer solchen Beschwerde gehört stets vor die Gerichte, wenn auch Verhältnisse aus dem öffentlichen Rechte zu entscheiden sind, aber die Anordnungen, welche etwa die Verwaltungsbehörden getroffen, bleiben so lange in Kraft, als nicht in Folge des richterlichen Erkenntnisses die Aufhebung derselben oder eine Entschädigung stattfinden muß.

Den von diesem Gebiet gedenkbarer Rechtsstreitigkeiten auszuscheidenden Antheil der Verwaltungsjustiz sucht v. Pfitzer in der Weise zu bezeichnen, daß er die Streitigkeiten über solche Rechte und Pflichten, welche sich auf das Subjectionsverhältniß gründen, an die Verwaltungsbehörden verweist.

v. Weiler dagegen — im Wesentlichen zu demselben Resultate gelangend — bezeichnet zwar alle privatrechtlichen Streitigkeiten als Civilprozeßsachen, bestimmt aber den Umfang der Privatrechte enger, als den Begriff der Rechte Einzelner. Er rechnet zu den ersteren nur diejenigen Rechtsverhältnisse, welche aus dem Privatrecht im objectiven Sinne des Wortes, also aus einem einzelnen Rechtstheile entspringen, und es bildet hiernach die Eintheilung in das öffentliche und in das Privatrecht auch den Maßstab für die Eintheilung

der Befugnisse und Pflichten in private und öffentliche, von welchen nur die ersteren im Fall einer Verletzung zu den Civilprozeßsachen gehören.

Hiervon abweichend ist die von Stahl (Rechtsphilosophie I. B. S. 243) ausgesprochene Ansicht über Eintheilung der Befugnisse des Einzelnen in private und öffentliche. Darnach sollen Privatrechte diejenigen seyn, welche die eigene Befriedigung und den Vortheil des Betheiligten zum Inhalt und Zweck haben, wäre es auch im Verhältnisse des öffentlichen Rechts; öffentliche Rechte diejenigen, welche einen Einfluß des Betheiligten auf das Ganze zum Inhalt und daher eine Folge für das Ganze zum letzten Zweck haben. Es wären also nicht blos die im Civilrecht erörterten Rechte, z. B. Eigenthum, väterliche Gewalt u. s. w., sondern auch Ausflüsse aus dem öffentlichen Recht, z. B. Indigenat, Auswanderungsbefugniß, Steuerfreiheit u. s. w. Privatrechte, dagegen wären regentenamtliche Befugnisse, standesherrliche Qualität, ständisches Wahlrecht, Preßfreiheit u. s. w. öffentliche Rechte.

Sehen wir auf Gesetzgebung und Praxis der einzelnen deutschen Länder, in welchen überhaupt eine solche Trennung besteht, so wird dabei im Allgemeinen auf die Quelle gesehen, aus welcher das fragliche Rechtsverhältniß entspringt, ob aus dem öffentlichen oder dem Privatrecht, und weil die Anwendung dieses Grundsatzes für einzelne Fälle manche Schwierigkeiten bietet, so hat man diese häufig durch Gesetze, welche auf die einzelnen Rechtsverhältnisse genau eingehen, zu heben versucht, z. B. in Sachsen durch ein Gesetz vom 25. Jenner 1835.

Auch in Baden sind nur privatrechtliche oder bürgerliche Rechtsstreitigkeiten im engern Sinn vor die Gerichte gewiesen, wie die Verf.-Urk. §. 14 und die Proz.-O. §. 1. in Verbindung mit Land-R.S. 7 und einzelnen Bestimmungen über den Geschäftskreis der Verwaltungsbehörden zeigen.

Bei dieser Trennung der Justiz in administrative und ge-

richtliche muß man die Gränzlinie im Einzelnen nach folgenden Gesichtspunkten aufsuchen.

Der Einzelne hat eine doppelte juristische Eigenschaft und in jeder dieser Eigenschaft ein besonderes Rechtsgebiet. Er hat Rechte und Pflichten in seiner Eigenschaft als Glied des Staates und der Korporationen im Staate, denen er angehört, politische — staatsbürgerliche Rechte und Pflichten. Sodann steht er in Rechtsverhältnissen als Einzelner dem Einzelnen gegenüber. Die ersteren sind natürlich außerhalb der Staatsverbindung gar nicht denkbar, wohl aber die letzteren, sofern wir von dem Daseyn eines Staates künstlich abstrahiren.

Auch bei den juristischen Personen, dem Staat, den Gemeinden u. s. w. ist eine solche Doppeleigenschaft zu unterscheiden. Es ist ihnen neben den aus der Verfassung entspringenden Befugnissen in der Regel auch die Möglichkeit verliehen, Vermögen zu besitzen, und in dieser Rolle treten sie dem Einzelnen als Einzelne gegenüber, wie die natürlichen Personen. In der einen wie in der andern Richtung kann eine Rechtsverletzung stattfinden.

Die politischen und staatsbürgerlichen Befugnisse der Einzelnen, sowie ihre derartigen Pflichten, werden nun als dem öffentlichen Recht angehörig, zur Erörterung im Fall eines Streites der Verwaltungsjustiz überwiesen, die übrigen Rechtsverhältnisse aber, wobei der Einzelne dem Einzelnen gegenübersteht, sey er sonst eine physische oder juristische Person, den bürgerlichen Gerichten. Dabei ist es jedoch gleichgültig, ob die betreffenden Rechtsregeln gerade im Civilgesetzbuch oder in irgend einem anderen Gesetze enthalten sind; und auch darauf kommt es nicht an, ob sie in dem ganz anderen Sinn dem öffentlichen Recht angehören, weil sie aus Gründen des öffentlichen Wohls hervorgegangen sind und darum durch Verträge nicht abgeändert werden dürfen, denn diese Eintheilung in jus publicum et privatum findet bekanntlich auch im reinen Privatrecht ihre Anwendung.

Das Privatrecht zeigt uns nach seiner weitesten Eintheilung Personen- und Vermögensrechte als seinen Gegenstand. Ebenso sind die öffentlich rechtlichen Verhältnisse der Einzelnen bald rein persönlich, bald das Vermögen berührend, z. B. Wahlrecht, Steuerpflicht. Von den Rechtsverhältnissen der ersteren Art gehören in das Privatrecht die Streitigkeiten über den Familienstand — actiones praejudiciales, und folgeweise aus dem Vermögensrecht zunächst alle diejenigen Vermögenssachen, welche durch den Familienstand bedingt sind, z. B. Erbschaften, Alimentationsklagen. (Doch verweist der §. 8. des bad. Org. Edicts Beil. I. Litt. D. die Beschwerden über die Bestimmung der Größe der Alimentation für uneheliche Kinder an die Regierungsbehörden.)

Hinsichtlich der übrigen Vermögensrechte sind

1) Klagen über das Eigenthum an einer Sache, Grunddienstbarkeiten oder deutschrechtliche Servituten, sowie über verleihbare Regalien, soweit es sich um Zuständigkeit dieser Rechte handelt, unzweifelhaft Gegenstände der richterlichen Cognition. Bei Abtretung solcher Rechte zum öffentlichen Nutzen (Expropriation) ist die Frage über die Nothwendigkeit der Abtretung von der Bestimmung der Größe der Entschädigung zu unterscheiden. Ueber jene haben die Verwaltungsbehörden, über letztere die Gerichte zu entscheiden, wenn und soweit nicht schon durch die Gesetzgebung auch die Größe der Entschädigung festgesetzt wurde, wie es z. B. in Baden bei Aufhebung der Frohnden, des Zehntens u. s. w. geschah.

Vergl. das bad. Expropriationsgesetz von 1835 und das Forstgesetz von 1834 §. 102.

2) Bei persönlichen Genußrechten an einer Sache kommt es darauf an, aus welchem Grunde und in welcher Eigenschaft sie der Einzelne anspricht, ob kraft seines Verhältnisses zu einer Corporation, z. B. Allmendgenüsse, welche der Bürger einer Gemeinde wegen dieser Eigenschaft anspricht, oder ob sie sich auf einen privatrechtlichen Titel stützen, der das

persönliche Verhältniß des Einzelnen zu einer juristischen Gesammtheit unberührt läßt.

Vergl. die bad. Verordnung vom 13. April 1829. Rgbltt. Nro. 10.

Christ das badische Gemeindegesetz 2. Aufl. S. 163 ff.

Wären z. B. ähnliche Genußrechte, wie sie einem Bürger zukommen, einem Dritten durch Vertrag oder Privilegium eingeräumt worden, so wäre dieses Recht wegen seines Titels ein Privatrecht. Uebrigens kann das Daseyn eines Genußrechts aus öffentlichem Titel in einem bürgerlichen Rechtsstreit als Grund der Legitimation des Klägers oder des Beklagten zur Sprache kommen, sofern über das Recht am Gegenstand des Genusses ein Streit geführt wird.

3) Bei persönlichen Verbindlichkeiten Einzelner entscheidet nebst dem Gegenstande (Vermögensinteressen) der Entstehungsgrund. Beruht dieser auf einem Vertrage, Quasikontrakt, oder auf einer unerlaubten, zur Entschädigung verpflichtenden Handlung, so gehören die deßfallsigen Klagen vor die Gerichte, denn die auf solche Weise begründeten Rechtsverhältnisse haben mit der staatsbürgerlichen Eigenschaft oder mit dem Subjectionsverhältniß nichts gemein. Zwar hat Pfitzer l. c. S. 120 Bedenklichkeiten gegen die Allgemeinheit dieser Regel erhoben, allein sie schwinden von selbst, wenn neben dem Entstehungsgrund der Gegenstand des Vertrages, sowie der Umstand berücksichtiget wird, daß Einzelne betheiliget seyn müssen, denn hiernach können Staatsverträge nicht darunter begriffen seyn, wohl aber alle Verträge, die der Staat, beziehungsweise dessen Vertreter, mit Einzelnen abschließen. Es gehört dabei auch die Frage vor die Gerichte, ob der Vertreter des Staates in den Gränzen seiner Zuständigkeit gehandelt habe, denn der Gewaltgeber kann dem Dritten gegenüber nicht selbst über den Umfang seines Auftrags entscheiden.

Annalen IV. Band S. 239 ff.

Wird bei einer Verbindlichkeit, die ihrer Entstehung nach

nicht in das Privatrecht gehört, die Befreiung aus einem privatrechtlichen Titel angesprochen, so gehört wenigstens der Streit über den Befreiungsgrund vor die Gerichte.

Auch Streitigkeiten über vertragsweise entstandene Privilegien gehören vor die Gerichte und über andere Privilegien dann, wenn sie sich auf eine an sich privatrechtliche Befugniß beziehen.

Auf diesen Grundsätzen beruht die bad. Verordnung vom 9. Sept. 1815 Rgbltt. Nro. 16. Doch ist

a. die dortige Vorschrift, daß in gewissen Fällen die Verwaltungsbehörden den Prozeß instruiren und die Gerichte ihn entscheiden sollen, wegen der Unverträglichkeit mit der neuen Prozeßordnung aufgehoben. Auch enthält

b. das Org. E. v. 1809. **D. §. 8.** die in der eben erwähnten Verordnung näher erläuterte Ausnahme, daß die Entscheidung über die Streitigkeiten wegen Erfüllung der Accorde zwischen den Unternehmern öffentlicher Arbeiten an Straßen, Flüssen, Brücken, öffentlichen Gebäuden einer und dem Staate oder den betreffenden Gemeinden andererseits den Verwaltungsbehörden zustehen soll.

Vgl. auch Annalen von 1845. Nro. 25.

Wenn aus Handlungen der Beamten, die sie als solche d. h. in ihrem Dienste vorgenommen haben, Entschädigungsklagen gegen sie (gegen die Stelle natürlich nicht) erhoben werden, so behauptet v. Weiler, daß bei den Beamten der freiwilligen oder streitigen Gerichtsbarkeit die Gerichte sowohl über die Rechtmäßigkeit oder Unrechtmäßigkeit der Handlung selbst, als auch über die Größe der Entschädigung zu erkennen hätten, dagegen nur über das letztere bei solchen Beamten, deren Verrichtungen Ausflüsse des öffentlichen Rechtes seyen. Hier müsse vielmehr die quaestio an? von den vorgesetzten Behörden und bei den höchsten Staatsstellen von den verfassungsmäßig dafür aufgestellten Kollegien entschieden werden, weil man sonst die Verwaltung unter die Justiz stellen würde. Diesen Grundsatz hat nach

Annalen I. S. 326

auch das bad. Staatsministerium, jedoch nicht ohne Widerspruch der Gerichte festgehalten.

Genauere Bestimmungen für diesen Fall enthält das

Sächsische Gesetz vom 28. Jenner 1835.

Ausgeschlossen bleiben hiernach von dem Wirkungskreis der Gerichte alle persönlichen Verbindlichkeiten der Einzelnen zu directen, indirecten Steuern, Contributionen, Real-, Personal-, Staats- und Gemeindelasten, mögen sie an die Corporation selbst oder an Diener derselben zu entrichten seyn, ferner Beiträge zu Kriegsschäden, öffentlichen Bauten, Wegen, Brücken und überhaupt gemeinnützigen Unternehmungen,

Bad. Org.-E. v. 1809. D. §. 8.

es sey denn, daß es sich um privatrechtliche Befreiungs- oder Erlöschungsgründe handelt.

4) Die Rechtsverhältnisse der Standes- und Grundherrn beruhen theils

a. auf Bundesgesetzen, die über den Gesetzen der einzelnen deutschen Staaten stehen, nämlich dem Art. 14 der B.A., theils

b. auf solchen Gesetzen, die zum Vollzuge jenes Artikels in den einzelnen deutschen Staaten erlassen wurden.

Will man sich nun darüber beschweren, daß in einem Lande durch Gesetze oder Verordnungen gegen den Art. 14. gehandelt werde, so geht die Beschwerdeführung nach Art. 63 der Wiener Schlußacte an die Bundesversammlung. Soweit aber nicht über Rechtszuständigkeiten einer bestimmten Art im Allgemeinen, sondern, diese vorausgesetzt, nur über das wirkliche Vorhandenseyn eines einzelnen Rechts jener Art gestritten wird, so sind die Gerichte kompetent. So entscheidet insbesondere das badische Gesetz vom 20. März 1812 Rgbltt 14. Es sagt nämlich, daß die Standes- und Grundherrlichkeitssachen, d. h. solche, welche aus einem anerkannten Daseyn einer Standes- und Grundherrlichkeit hervorgehen und Zuständigkeit oder Nichtzuständigkeit derselben, ingleichen einzelne

Zugehörigkeiten oder Obliegenheiten, die davon ausgehen, betreffen, vor den Hofgerichten, also vor den Gerichten, angebracht werden sollen.

§. 7. Mehrheit der Gerichte in untergeordnetem und gleichgeordnetem Verhältniß zu einander. Besetzung derselben.

(M. §. 43. L. §. 77. 86. H. §. 67. 68. 56.)

Sowohl die Erzielung einer möglichst gerechten als auch die Erzielung einer möglichst schleunigen Verwaltung der Rechtspflege gebietet eine Mehrheit der Gerichte und zwar

1) aus dem Grunde, weil die Richter als Menschen aus Irrthum oder Leidenschaft durch ihre Thätigkeit den Parteien statt Recht Unrecht zufügen können, und weil der Staat den Rechtsuchenden, welche sich auf diese Weise verletzt halten, das Recht einräumen muß, eine wiederholte Prüfung ihrer Angelegenheit von einem anderen Gerichte zu begehren. Es entsteht hierdurch ein untergeordnetes Verhältniß (Instanzenverhältniß) mehrerer Gerichte, von welchen die höheren zur Erledigung der Beschwerden über die Thätigkeit der unteren bestimmt sind. Damit jedoch die Prozesse keine endlose Dauer erlangen, muß für das Recht der Beschwerde und für die Zahl der Instanzen eine Gränze gezogen und das Urtheil der letzten Instanz als unanfechtbar betrachtet werden, — singulis controversiis singulas actiones unumque judicati finem sufficere, probabili ratione placuit, ne aliter modus litium multiplicatus summam atque inexplicabilem faciat difficultatem, maxime si diversa pronunciarentur l. 7. D. de exc. rei jud. 44. 2; — obwohl auch in der höchsten Instanz die Möglichkeit eines Unrechts übrig bleibt; appellandi usus . . . . nonnunquam bene latas sententias in pejus reformat, nemo enim utique melius pronunciat, qui novissimus sententiam laturus est. l. 1. D. de app. 49. 1.

Eine Gewähr für den Vorzug der Urtheile der höheren Instanzen liegt theils in der Verfassung und Besetzung derselben, theils in dem Umstande, daß die Prüfung einer Sache, über welche bereits mehrere Aussprüche vorliegen, und wobei die Parteien mit ihren Gründen für und wider die ausgesprochenen Ansichten gehört werden, zu dem Vertrauen auf größere Gründlichkeit berechtiget.

Nach dem Art. 12 der deutschen Bundesacte müssen in allen deutschen Staaten drei Instanzen bestehen. Es ist jedoch die nähere Bestimmung darüber, unter welchen Bedingungen ein Rechtsstreit an die dritte Instanz gebracht werden kann, den einzelnen Staaten selbst überlassen. Nur dürfen die Beschränkungen nicht von der Art seyn, daß sie das Recht der dritten Instanz illusorisch machen.

2) Damit die Rechtsstreitigkeiten rascher erlediget werden können, ist eine Vertheilung derselben unter mehrere Gerichte nothwendig. Dieser Vertheilung können aber verschiedene Prinzipien zum Grunde liegen.

Die regelmäßige Form der Vertheilung ist diese, daß eine Mehrheit koordinirter Gerichte an verschiedenen Orten des Landes errichtet, jedem ein bestimmter Sprengel zugewiesen und die Zuständigkeit der Gerichte für die vorkommenden Rechtsstreitigkeiten durch örtliche Rücksichten, z. B. durch den Wohnsitz des Beklagten oder die Lage des Streitgegenstandes in ihrem Bezirke, regulirt wird. Durch diese Einrichtung wird der Rechtsweg für die Parteien erleichtert, dagegen der Einheit in der Gesetzesanwendung Eintrag gethan, weil es eine unvermeidliche Erscheinung ist, daß in ähnlichen Rechtssachen häufig bei dem einen Gerichte so und bei dem anderen wieder anders entschieden wird, während doch nur die eine Entscheidung die richtige seyn kann. Widersprechende Urtheile werden zwar auch durch das Instanzenverhältniß hervorgerufen, allein es kommt doch nur eines der Urtheile zur Anwendung und zwar dasjenige, welches aus den oben angeführten Gründen die größere Bürgschaft der Wahrheit für sich hat, wäh-

rend die von koordinirten Gerichten ergangenen Urtheile sämmtlich ins Leben treten, wenn auch unter verschiedenen Interessenten. Dieser Nachtheil wird dadurch zu heben gesucht, daß die höchste Instanz nur von einem Gerichtshofe repräsentirt wird. Durch einen solchen Centralpunkt wird für Einheit in der Rechtssprechung deßhalb gewonnen, weil man hier — wenigstens bei einer tüchtigen Besetzung — mehr auf Consequenz in den Entscheidungen bauen kann, als bei verschiedenen Gerichtshöfen und weil die unteren Gerichte stets geneigt seyn werden, die **praejudicia** der höheren als **exempla** zu benützen (§. 15).

Seltener ist es, daß einzelne Gerichte nur für eine bestimmte Art von Rechtssachen, diese von ihrer innern Natur betrachtet, konstituirt werden, vielmehr ist in der Regel jedes Gericht fähig, in allen Arten von Rechtssachen zu entscheiden und nur ausnahmsweise sind einzelne Gattungen von Rechtsstreitigkeiten, wie z. B. Lehnssachen, Handelssachen an eigene Gerichte verwiesen. Dringendes Bedürfniß für jede gute Gesetzgebung sind jedenfalls klare und unzweifelhafte Bestimmungen über die Zuständigkeit der einzelnen Gerichte, denn nichts ist trauriger, als wenn die Gesetzgebung selbst dazu beiträgt, daß die Rechtsuchenden wegen möglicher Verschiedenheit der Meinungen über die Frage, welcher Richter anzugehen sey, lange herumgezogen und in große Kosten versetzt werden können, ehe nur entschieden ist, wo der Prozeß beginnen soll. Leider gibt es nach dem gemeinen Rechte hier manche Streitfragen und statt den Gerichtsgebrauch in seiner Uebung und Ruhe zu lassen, werden der Streitigkeiten zum Nachtheil der Rechtsuchenden immer mehrere.

Endlich müssen aber auch die Gerichte gehörig besetzt — durch Richter repräsentirt seyn. In den höheren Instanzen geschieht dies überall durch eine Mehrzahl von Richtern (**collegium**), in der ersten Instanz dagegen meist nur durch Einzelrichter. Es ist eine Hauptfrage der Zeit, ob nicht auch die erste Instanz kollegialisch besetzt werden soll, weil der Vorzug einer solchen Bese

tzung in den höhereu Instanzen für eine gleiche Besetzung der ersten Instanz spreche, allein das Interesse eines schleunigen Justizganges unterstützt das Institut der Einzelrichter, weil diese die Verhandlung des Prozesses rascher erledigen können und hauptsächlich die Verhandlungen der ersten Instanz es sind, welche die meiste Zeit in Anspruch nehmen.

Eine nach all' diesen Gesichtspunkten interessante und eigenthümliche Erscheinung bleibt die ältere römische Gerichtsverfassung mit ihrem getrennten Verfahren **in jure et in judicio**, worüber in §. 14 Einiges zu sagen ist.

§. 8. Grundprinzipien in Ansehung der prozessualischen Thätigkeit.

I. Gehör den Parteien!

(M. §. 17. 309. L. §. 182. 43. i. f. H. §. 260.)

Es ist Zweck und darum Pflicht der Gerichte, die Parteien zu hören, über den Inhalt ihres Vorbringens zu entscheiden und, wo nöthig, die Entscheidung zum Vollzug zu führen. Daraus, sowie aus dem allgemeinen Zweck der möglichst schleunigen Erledigung folgt,

I. daß die Gerichte die Justiz nicht verzögern und nicht verweigern dürfen. Der Staat hat vermöge der ihm zukommenden Oberaufsicht über die Gerichte die gehörige Erfüllung dieser Pflicht zu bewachen, Beschwerden deßhalb zu gestatten und denselben abzuhelfen. Um so weniger darf die Justizpflege von einer anderen, insbesondere von der höchsten Staatsbehörde auf irgend einem Wege in ihrem rechtmäßigen Gange unterbrochen werden. Sollten gegründete Beschwerden gegen die Gerichte bei den höchsten Landesbehörden keine Abhülfe finden, oder sollten gar diese selbst den Justizgang durch Verfügungen und Befehle lähmen, so hat der dadurch gekränkte deutsche Unterthan das Recht, Beschwerde bei der Bundesversammlung zu führen, und es liegt dieser nach Art. 29 der Wiener Schlußacte ob, diese Beschwerden nach der Verfassung und den bestehenden Gesetzen des betreffenden Landes zu beurtheilen und gegründeten Beschwerden abzuhelfen, sey es nun,

daß durch Einwirkung der höchsten Landesbehörden die ordnungsmäßige Rechtspflege von Anbeginn versagt, in ihrem Laufe verzögert oder die Vollziehung der Richtersprüche gehemmt wird.

Klüber öffentl. Recht §. 169.

Das den Parteien schuldige Gehör begreift

II. die weitere Regel in sich, daß beiden Theilen die erforderliche Gelegenheit zum Vorbringen ihrer Angriffs- und Vertheidigungsmittel gegeben und daß, bevor dieses geschehen, weder ein Urtheil erlassen und noch weniger exekutorisch eingeschritten werde.

Es darf insbesondere

1) keinem Gesuche der einen Partei entsprochen werden, ehe der Gegner mit seinen Einwendungen vernommen ist oder ihm wenigstens Gelegenheit zu deren Vortrag ertheilt war; es darf der Richter

2) ohne dieselbe Voraussetzung seine Entscheidung nicht auf Thatsachen oder Beweise stützen, die von der einen Partei vorgebracht wurden, möchte er sich auch noch so sehr überzeugt halten, daß keine gegründeten Einwendungen zu erwarten sind. Wohl aber darf er

3) solche Anträge, die, schon an sich betrachtet, offenbar grundlos sind und deren Verhandlung zu keinem anderen Resultate, als zu deren Verwerfung führen kann, ohne Gehör des Gegners zurückweisen (**decreta rejectoria**).

Aus der Anwendung dieser schon von der Vernunft diktirten Sätze folgt nun von selbst, daß die Hülfsvollstreckung nicht vor dem Urtheil und das Urtheil nicht vor einem vollständigen wechselseitigen Gehör beider Theile stattfinden kann. Indessen gibt es auch von diesem Grundsatze Abweichungen. Es kann

a. in gewissen Fällen auf den einseitigen Antrag einer Partei alsbald eine Exekutionshandlung vorgenommen werden, nämlich im Arrestprozeß; es kann

b. dem Beklagten unter gewissen Voraussetzungen, ehe

er gehört ist, befohlen werden, etwas zu thun oder zu unterlassen (Mandatsprozeß); oder es kann endlich

c. der Beklagte zwar gehört werden, ehe eine Verfügung erlassen wird, aber nicht mit allen Einwendungen ohne Unterschied, die er vorzubringen für gut findet (Exekutivprozeß).

Diese Ausnahmen sind jedoch nicht so zu verstehen, als sey dem Beklagten die Vertheidigung, mit der er nicht gehört wurde, für immer abgeschnitten, was mit der Gerechtigkeit niemals zu vereinigen wäre, sondern diese eigenthümlichen Verfahrungsarten bestehen nur in einer umgekehrten unregelmäßigen Ordnung des Prozeßganges, indem der Beklagte einstweilen die in diesem Verfahren ergangene Verfügung befolgen muß, und dann erst durch den Vortrag seiner Einwendungen die Wiederaufhebung der Verfügung und ihrer Folgen verlangen darf.

Die Gründe, aus welchen diese Abweichungen hervorgegangen sind, bestehen bei den einen derselben darin, daß es Fälle gibt, wo dem Kläger ein künftiger, nach einer Reihe von Verhandlungen erst erlangter Sieg ohne Nutzen seyn könnte, wenn nicht schon vorher durch Exekutionshandlungen oder Befehle die dem Kläger drohende Vereitlung der Früchte seines etwaigen Sieges abgewendet würde. Bei den anderen soll das beschleunigte Verfahren und der einstweilige Vollzug der in demselben ergangenen Erkenntnisse ein Mittel seyn, einer muthwilligen Prozeßverzögerung entgegenzuwirken. Es lehrt nämlich die Erfahrung, daß eine Klage nicht selten nur deßhalb bestritten wird, um durch erdichtete Einwendungen das Verfahren weitläufiger zu machen, und, wenn nicht den Prozeß, so doch Zeit zu gewinnen. Die Erreichung dieses Zweckes wird unmöglich gemacht, wenn der Beklagte einer erwiesenen Klage gegenüber einstweilen seine Verbindlichkeiten erfüllen muß und dann erst zum Vortrage solcher Einwendungen zugelassen wird, die er nicht schleunig erweisen kann. Das Nähere hierüber gehört in die Lehre von den summarischen Prozeßarten.

§. 9. II. Kein Verfahren von Amtswegen. (Verhandlungsmaxime.)

(M. §. 16. L. §. 143. H. §. 3. 266.)

Daß der Richter sich nicht ohne die, durch eine Klagehandlung erfolgte, Aufforderung einer Partei in privatrechtliche Angelegenheiten mischen darf, liegt so sehr in der Natur der Privatrechte, daß jede Gesetzgebung diesen Grundsatz anerkennt. Abgesehen von der allgemeinen Regel: culpa est, immiscere se rei ad se non pertinenti (l. 36. D. de R. J.), abgesehen ferner davon, daß es den Parteien freisteht, durch wechselseitige Uebereinkunft ihre Streitigkeiten auch auf anderem Wege als dem der Staatsbehörden zu schlichten, würde der Richter durch offizielles Einschreiten aus der Rolle eines unparteiischen Dritten in die eines Geschäftsführers verfallen. Der Anfang der richterlichen Thätigkeit ist daher unter allen Umständen von der Erhebung einer Klage abhängig. Der Grundsatz „ne judex procedat ex officio" hat aber nach dem gemeinen Prozeßrechte eine viel weitere Ausdehnung und ist durch alle Einzelheiten der richterlichen Thätigkeit konsequent durchgeführt worden, um die unparteiische Stellung des Richters und die unbedingte Alleinherrschaft der Parteien über ihre Rechtsverhältnisse, wohin auch die beliebige Art ihrer Verfechtung gehört, sorgfältig zu wahren. Man nennt dieses Prinzip die Verhandlungsmaxime, und es zeigt sich diese in folgenden weiteren Richtungen:

I. Nach erhobener Klage hat zwar der Richter vermöge seines Prozeßleitungsamtes zu bestimmen, ob und welche Handlung auf eine vorausgegangene folgen soll, allein er darf

1) den Parteien nicht als Rathgeber die Mittel und Wege vorzeichnen, wodurch sie den Zweck der Prozeßhandlung zu erreichen suchen, welche Antwort sie geben, welche Thatsachen und Beweise sie vorbringen sollen.

2) Wenn der Fortgang des Prozesses durch Unthätigkeit der Parteien stockt, so darf der Richter die Fortsetzung und

Beendigung des Verfahrens nicht von Amtswegen befehlen oder veranlassen, sondern es muß dem Gegner des Unthätigen anheimgestellt werden, die geeigneten Anträge zu stellen.

II. Bei der Entscheidung des Rechtsstreits darf der Richter

1) die Gränze des Streitgegenstandes, wie solche durch das Klagbegehren fixirt ist, und in den Instanzen der Rechtsmittel die Gränze, welche durch die Beschwerden bestimmt wird, auf keine Weise überschreiten. **Ultra id, quod in judicium deductum est, excedere potestas judicis non potest. l. 18. D. comm. div. 10. 3.** Für dasjenige, was nicht verlangt wurde, ist kein Kläger vorhanden, und wenn auch der Richter die Ueberzeugung gewinnen sollte, daß der Kläger oder Beschwerdeführer ein Mehreres oder etwas Anderes mit Recht hätte fordern können, so darf er dieses ebensowenig zuerkennen, als er ein Object absprechen darf, was nicht gefordert wurde. Nur ein Minderes darf er zuerkennen und das Zuvielgeforderte zurückweisen (§. 5. 376. 377. der bad. Proz.O.)

Diese Regel leidet gemeinrechtlich nur die Ausnahme, daß der Ersatz aller nach begonnenem Streite verfallener Früchte, Verzugszinsen, Accessionen, Deteriorationen und der Ersatz der Prozeßkosten von Amtswegen zuerkannt werden soll,

l. 13. 35. §. 1. de Rei V. 6. 1.
§. 1—4. J. de off. jud.
l. 25. §. 8. de aed. edicto. 21. 1.
l. 13. §. 6. C. de jud.
Glück Pandecten 8. Band S. 300.

denn der siegende Kläger muß alles dasjenige erhalten, was er haben würde, wenn ihn der Beklagte gleich im Anfange des Prozesses befriedigct haben würde,

l. 75. de V. S.

und daher sind jene Nebensachen solche, **quae post litem inchoatam officio judicis restituendae sunt.**

Zwar scheinen

§. 34. J. de act. 4. 6.
l. 1. C. de plus pel. 3. 10.
l. 61. D. de jud. 5. 1.

den Richter nicht so ängstlich an die Gränzen des Klagbegehrens zu binden, allein die deutsche Praxis hält dieselben fest und sucht auch jene Stellen zu Gunsten der Verhandlungsmaxime auszulegen,

Sintenis Erläuterungen S. 611.
Reinhardt Handbuch II. S. 238.

Was von den Rechtswirkungen gilt, die im Klagbegehren aus dem Klaggrunde abgeleitet werden, ist auch auf andere Rechtswirkungen anzuwenden, die an das ausdrückliche Begehren einer Partei, an das Geltendmachen derselben **ope actionis vel exceptionis** geknüpft sind, d. h. der Richter darf solche Rechtswirkungen, (vergl. auch bad. Landrecht Art. 6 h.) selbst wenn die thatsächliche Voraussetzung dafür in den Acten läge, nicht von Amtswegen und ohne Antrag der Partei suppliren.

2) Als Grund der Entscheidung darf der Richter keine Thatsachen und keine Beweise benützen, auf welche sich die Parteien nicht berufen haben, möchten ihm auch **aliunde** erhebliche Momente bekannt seyn. Nur bei der Anwendung der in den Gesetzen enthaltenen Rechtsregeln ist er nicht an den Vortrag oder an den irrigen Vortrag der Parteien gebunden, sondern er hat lediglich seiner Ansicht zu folgen, **nam curia debet nosse jus**, es handle sich denn um Rechtsregeln, die im Lande nicht publizirt sind.

3) Was die Parteien sich gültig zugestanden haben, gilt dem Richter als wahr und ausgemacht, so, daß eine weitere Untersuchung darüber nicht stattfindet.

Es werden nun gewöhnlich manche Ausnahmen von diesem Prinzip aufgezählt;

Bayer Vorträge S. 15.

theils aber handelt der Richter hier nicht blos im einseitigen

Interesse der einen Partei, sondern im gleichen Interesse beider Theile, z. B. wenn er Vergleiche zu stiften, und wenn er Nichtigkeiten zu verhindern sucht, weil keine Partei — bona fide handelnd — eine nichtige Entscheidung will. Es schlägt daher das Motiv der Verhandlungsmaxime hier gar nicht an. Theils muß der Richter nach dem allgemeinen Grundsatze, daß die Prozeßformen keine Fallstricke für das Recht der Parteien seyn sollen, und daß folgeweise nicht jedes, auch noch so geringe Versehen in der Form des Vorbringens mit dem Nachtheil gänzlicher Nichtbeachtung des Vortrags bedroht seyn darf, von Amtswegen zu Verbesserungen auffordern.

l. 25. D. de leg. 1. 3.

l. un. C. ut quae desunt 2. 11.

Einige wahre aber sehr unbedeutende Ausnahmen von der Verhandlungsmaxime enthält der §. 20 des bad. Gesetzes über die Gerichtsverfassung von 1845.

Den Gegensatz des Verhandlungsprinzips bildet die Untersuchungsmaxime, vermöge welcher die Gerichte von Amtswegen einschreiten, sowie alle die Mittel aufsuchen und benützen, die ihnen zur Aufklärung des wahren Sachverhalts dienlich scheinen und die gesetzlich erlaubt sind. Sie gilt als Regel im Criminalprozesse, weil hier der Richter die materielle Wahrheit aufsuchen muß und sich nicht mit einer formellen Wahrheit, d. h. damit begnügen darf, blos auf den Grund desjenigen zu erkennen, was durch fremde Thätigkeit zu den Acten gekommen ist.

In Preußen hat man diese Untersuchungsmaxime theilweise auch auf den Civilprozeß angewendet.

§. 10. III. Zeit und Ordnung im Verfahren. Prozeßleitung.

(L. §. 166. H. §. 200.)

Die Beobachtung von Zeit und Ordnung ist das erste Gebot für jede Thätigkeit, deren Zweck nur durch eine Mehrheit von Handlungen erreicht werden kann, und eben so

schleunig als sicher erreicht werden soll. Dieses Gebot ist darum auch für den Prozeß ein absolutes Bedürfniß und eben daraus ist ein sehr bedeutender Theil der Prozeßgesetze hervorgegangen. Es leuchtet von selbst ein, daß das Handlen der Parteien an Fristen geknüpft und daß deren Nichtachtung mit Nachtheilen für den Säumigen begleitet seyn muß. Ebenso wichtig ist aber auch eine den Regeln der Logik und Zweckmäßigkeit entsprechende Reihenfolge der einzelnen Theile der prozessualischen Thätigkeit, bald eine gesonderte, bald eine gleichzeitige Vornahme derselben, und es sind die hieraus entspringenden Regeln von sehr durchgreifender Natur.

Der gemeine deutsche Prozeß hat im Interesse einer gehörigen Handhabung dieser Gebote den Grundsatz angenommen, daß das ganze Verfahren von dem Richter geleitet, d. h. jede einzelne Prozeßhandlung der Partei vor dem Richter vorgenommen oder ihm schriftlich mitgetheilt werde, damit er solche alsbald prüfe und anordne, was nunmehr weiter in der Sache zu geschehen habe, in welcher Frist und unter welchem Rechtsnachtheil.

Strenge genommen wäre diese Prozeßleitung durch den Richter nicht nothwendig. Da nämlich das Gesetz die Form und Reihenfolge der einzelnen Handlungen, die Fristen und die Rechtsnachtheile ihrer Versäumung genau vorschreibt, beziehungsweise doch vorschreiben könnte, und die Parteien das Gesetz kennen müssen, so ist nach den Gesetzen anderer Länder, z. B. Frankreichs, statt der Prozeßleitung durch den Richter die Anordnung getroffen, daß die Parteien ihre Prozeßhandlungen einander unmittelbar schriftlich zustellen und wenn das Verfahrer beendiget ist, die also entstandenen Acten dem Richter zur Fällung des Urtheils vorlegen.

Welches Verfahren zweckmäßiger sei, hängt allernächst von der Gerichtsverfassung ab.

Die Grundregeln über die Ordnung im Verfahren sind wegen ihrer überall eingreifenden Bedeutung in diesem Buche voranzuschicken, und zwar wird hiebei die Rede seyn

A) von der Behandlung der Mehrheit von Streitpunkten, in welche sich die Verhandlung und Entscheidung über ein bestimmtes einzelnes Rechtsverhältniß auflöst,

B) von der Behandlung mehrerer streitiger Rechtsverhältnisse in Hinsicht ihres wechselseitigen Einflusses,

C) von dem Verhältniß der Thätigkeit verschiedenartiger Behörden, sofern die nämliche Angelegenheit zugleich Stoff für die Thätigkeit sowohl der einen als der anderen Behörde darbietet.

§. 11. A) Behandlung einer Mehrheit von Streitfragen über dieselbe Streitsache.

1) Heutiges Recht.

a) Eventualmaxime.

(M. §. 101. L. §. 144. H. §. 367. 368.)

Der Kläger verfolgt als letztes Ziel, sich der gerichtlichen Hülfe gegen den Beklagten zu versichern. Bestreitet dieser seinen Anspruch, so haben beide Theile stillschweigend die gleiche und gemeinschaftliche Absicht ausgesprochen, eine Entscheidung des Richters über den Streit herbeizuführen. Nur in Bezug auf den Inhalt der Entscheidung ist ihre Tendenz entgegengesetzt, weil sie dem Kläger zur Exekution, dem Beklagten zur Entbindung von der Klage helfen soll. Das Material zum Streite über die Existenz und Wirksamkeit des fraglichen Rechtes hat seine Quelle im Civilrecht, indem dieses lehrt, durch welche Thatsachen Rechte ihre Existenz erlangen, wie sie untergehen und vernichtet werden können.

Der Civilprozeß dagegen lehrt zunächst die Formen, in welchen die Parteien zum Vorbringen jenes Materials veranlaßt, wie solches dem Richter vorgeführt, und wie die Parteien darüber gehört werden sollen, um auf diese Weise die Entscheidung vorzubereiten. Er macht aber auch beiden Theilen eine redliche Handlungsweise zur Pflicht, und die **bona fides** duldet nicht, daß dem gemeinschaftlichen Ziele absichtlich entgegengewirkt werde, oder daß eine Partei ihre

einseitige Tendenz mit gefährdevollen Waffen verfolge. Das Prozeßrecht gewährt mancherlei Hülfsrechte zum Schutz gegen solche böse Absicht, und zur wirksamen Erreichung der Streitzwecke. Eben darin liegt das Prinzip der wechselseitigen prozessualischen Parteienrechte und Parteienpflichten, dessen einzelne Consequenzen später ihre Darstellung finden.

Betrachten wir zunächst das Material, welches sich auf die Entscheidung über das Klagrecht unmittelbar bezieht, so bietet dieses schon für sich allein eine bald größere bald geringere Menge von Streitpunkten dar. Dann reihen sich aber noch bald mehr bald weniger, aus dem Prozeßrecht entwickelte, Anträge und Einwendungen an.

Wenn sich nun die prozessualische Thätigkeit nicht als ein tumultuarisches Verfahren, sondern als ein wohlgeordnetes Ganzes darstellen soll, so muß der Gang desselben von bestimmten zweckmäßigen Prinzipien regiert werden.

Als die Hauptsache (causa principalis) erscheint natürlich die Entscheidung der Frage, ob die Klage abgewiesen oder der Beklagte nach dem Begehren derselben verurtheilt werden soll. Die Beantwortung dieser Frage ist ein Kettenschluß, der je nach dem Streitmaterial bald mehr bald weniger einzelne Schlüsse in sich faßt.

Die Grundlage der Zergliederung desselben in die einzelnen Theile ist in der Antwort des Beklagten auf die Klage zu suchen. Diese Antwort aber kann von einem doppelten Gesichtspunkte aufgefaßt werden, entweder als Beantworten der einzelnen Thatsachen und Rechtsgründe, aus welchen der Kläger die Entstehung seines Rechts ableitet, oder als eine Erklärung über das Klagerecht überhaupt.

Der erstere Standpunkt würde uns nur einen einzelnen möglichen Weg der Vertheidigung vorführen (A. 1.), während die Antwort — als Opposition gegen das Klagerecht betrachtet, bestehen kann:

A) in einem Widerspruch gegen die Existenz des Klagerechts, und dieser Widerspruch ist entweder

1) ein Läugnen, daß das Klagerecht je vorhanden gewesen, oder

2) die Behauptung, daß es schon vor Erhebung der Klage wieder erloschen sei, z. B. durch Zahlung.

Zweck dieser beiden Richtungen der Vertheidigung ist also, das Klagerecht als schon zur Zeit der Klagerhebung nicht vorhanden darzustellen. Schon Donellus bezeichnet diesen Widerspruch als **infitiatio, qua negat reus, ullam actionem actori in eo, de quo agitur competere. Ea duplex est: simplex, aut cum affirm. tione novi facti conjuncta. (Comment. l. 22. c. 1. §. 2.)**

In neuerer Zeit pflegt man diese beiden Wege die Verneinung des Klagerechtes und zwar die erste Art der Negation die reine oder absolute, die letztere die qualifizirte oder relative zu nennen.

v. Savigny röm. Recht Bd. V. S. 153.

Puchta Pandecten §. 93.

Es kann aber auch

B) der Beklagte dem klägerischen Rechte, dieses als noch vorhanden angenommen, ein anderes Recht gegenüberstellen, dessen Gebrauch die Wirksamkeit des klägerischen Rechts vernichtet. Dieses entgegenstehende Recht ist die **exceptio peremptoria** im Sinne des römischen Rechtes. Ihr Inhalt ist entweder

1) die Befugniß, die Entbindung von einer Klage auf den Grund des **jus honorarium** zu begehren, z. B. wegen Betrug, Zwang, oder es wird

2) dem Recht des Klägers auf eine bestimmte Sache ein anderes Recht des Beklagten entgegengehalten, welches stärker ist, als der klägerische Anspruch, und eben deßhalb die Wirksamkeit des letzteren hindert. Beispiele geben

l. 6. §. 9. D. comm. div. 10. 3.

l. 1. §. 4. D. de superf. 43. 18.

l. 16. D. de publ. 6. 2.

Vgl. auch **C. civ. art. 1117. 1125. 1184. (544°).**

Das Recht der exceptio kann, wie das Klagerecht selbst, durch spätere Vorgänge wieder erloschen seyn, während der Einfluß der sub A. 2. erwähnten Thatsachen durch nachfolgende Vorgänge niemals mehr aufgehoben werden kann.

v. Savigny l. c. S. 157.

Der heutige Begriff der Exceptionen ist freilich ein weiterer, und wird nicht aus dieser inneren Natur des Vorbringens geschöpft, sondern von dem Standpunkte der Beweislast des Beklagten aufgefaßt, weßhalb die Einrede auch die relative Verneinung oder diejenigen Thatsachen, quae rem ipso jure perimunt, in sich schließt; allein die obige dem römischen Recht zum Grund liegende Eintheilung ist uns auch heute noch in gar vielen Beziehungen von großer Wichtigkeit, wie sich später ergeben wird.

Der Beklagte kann nicht nur alle diese Vertheidigungswege zugleich einschlagen und sich dabei selbst auf eine Mehrheit von Erlöschungsgründen und Exceptionen stützen, von welchen jede allein zum Zweck der Abweisung des Klägers genügen soll, sondern er kann noch weiter nebst diesen, wider das Klagerecht selbst gerichteten, Vertheidigungswegen die Klagehandlung, d. h. die prozessualische Form der Ausübung des Klagerechts als mangelhaft angreifen (dilatorische Einreden).

Wo nun eine solche Mehrheit von Vertheidigungswegen gewählt werden soll, lehren die Regeln des Denkens von selbst, in welcher logischen Ordnung dieselben zu einander stehen, und daß es eines zweiten und dritten Weges nicht bedarf, wenn auf dem früheren schon der Zweck der Abweisung der Klage erreicht ist. Im ersten Gliede steht die Bestreitung der Form, weil die Form das Mittel zur Prüfung der Materie und ebendeßhalb die Bedingung bildet, ohne welche auf die Verhandlung und Entscheidung der Materie nicht eingegangen werden soll. Unter dem materiellen Vorbringen nimmt begreiflich die Frage nach der Entstehung des Klagerechts den ersten Rang ein, ihrer Bejahung folgt die Prüfung der Fortdauer, und erst, wenn die gegenwärtige Existenz des

Klagerechts außer Zweifel ist, kann die Wirksamkeit desselben gegenüber von etwaigen Exceptionen zur Sprache kommen. Es ist also die Art der Erledigung des einen Streitpunktes präjudiziell für die Frage, ob die Prüfung und Entscheidung eines weiteren Punktes als nöthig erscheine. Bei mehreren Vertheidigungsmitteln der gleichen Art macht ebenfalls der Erfolg des einen das andere unnütz. Es scheint daher sehr natürlich, daß sich in eben dieser Ordnung und Reihenfolge auch das Vorbringen und die Verhandlung der einzelnen Vertheidigungen bewege, und daß man, um Unnützes zu vermeiden, die hinteren Glieder erst dann hervortreten lasse, wenn die vorderen erlediget und ohne Erfolg für den Beklagten geblieben sind.

In diesem Sinne war denn auch das Gerichtsverfahren vor dem jüngsten Reichsabschied gestaltet. Es sind zwar daran von Zeit zu Zeit Veränderungen vorgenommen worden, welche eine neue Methode vorbereiteten und allmählig ins Leben riefen; allein im Allgemeinen hatte jenes Verfahren den Charakter, daß es sich in getrennte und successive Verhandlungen und Entscheidungen über die einzelnen Vertheidigungswege auflöste, wenn nicht schon der erste Weg den Zweck der Abweisung der Klage erreicht hatte. Dieses Bild einer Mehrheit von Prozessen im Prozesse ist zwar nicht vom Standpunkte der Logik zu tadeln, wie denn auch heute noch dieses Prinzip der Sonderung bei Vorträgen über den Inhalt geschlossener Verhandlungen zweckmäßig angewendet wird, insbesondere für Relationen und auch für mündliche Vorträge der Anwälte bei dem mündlichen und öffentlichen Verfahren, aber es entspricht nicht dem Zwecke einer möglichst schleunigen Erledigung, und gerade das Bedürfniß einer schleunigeren Verhandlung war es, weßhalb der j. R. A. eine neue Methode zum Gesetz erhob. Der Beklagte muß in seiner ersten Antwort auf die Klage alle die verschiedenen Vertheidigungswege, deren er sich bedienen will, zugleich vorbringen, damit über alle gleichzeitig verhandelt und ent-

schieden werden kann. Mag sich auch später zeigen, daß über Einzelnes unnütz verhandelt wurde, so ist darum doch nichts an Zeit verloren, wohl aber sehr gewonnen, wenn sich erwiesen hat, daß sonst alles Material zur — successiven — Verhandlung gekommen wäre.

Durch diese Methode ist mithin alles Streitmaterial, welches die Hauptsache berührt, in eine einzige Verhandlung zusammengedrängt, indem man einfach der Basis des früheren gegliederten Verfahrens, nämlich der Antwort des Beklagten, eine andere Form gab.

Wenn manche Prozessualisten in dem §. 37. des j. R. A. nur eine Vorschrift für die Antwort des Beklagten, nicht aber eine Norm für den Richter in der Leitung des weiteren Verfahrens erblicken, und es der Praxis zuschreiben wollen, daß diese Gleichzeitigkeit durch das weitere Verfahren hin beobachtet wird, so widerspricht dieses schon dem Sinn und Zweck des j. R. A. Er konnte nicht besser reformiren, als indem er das Uebel an der Wurzel erfaßte, und es verstand sich wohl von selbst, daß der für die Basis der einzelnen Streitpunkte aufgestellte Grundsatz auch auf die weiter daraus entspringenden Streitfragen Anwendung finden mußte, wenn der Zweck des Gesetzes erreicht werden sollte.

Dieser **modus procedendi**, jetzt Eventualmaxime genannt, weil auch das zweifelhaft Nöthige **in eventum** vorgebracht und verhandelt werden muß, ist nicht ohne Ausnahmen geblieben. So kann nach dem j. R. A. selbst, die Einrede des inkompetenten Gerichts mit einstweiliger Aussetzung des Vorbringens der übrigen Vertheidigungswege allein vorgebracht und verhandelt werden. Die Praxis hat diese Ausnahmen vermehrt, und die Bad. Proc. O. hat die Eventualmaxime mit ihren mancherlei Ausnahmen adoptirt. Vergl. §. 291 ff. §. 393. 409.

§. 12. b) Trennung des Verfahrens in Vor- und Beweisverfahren.

(M. §. 124. L. §. 185. H. §. 367. 368.)

Die Thatsachen, aus welchen die Rechtswirkung der Entstehung und der Auflösung eines Rechtsverhältnisses, also die gegenwärtige Existenz oder Nichtexistenz, beziehungsweise die Vernichtung desselben (§. 11.) abgeleitet wird, können nach §. 9. nur durch den Vortrag der Parteien zur Kenntniß des Richters gelangen. Dieser muß allernächst die rechtliche Fähigkeit dieser Thatsachen, den ihnen zugeschriebenen Effect hervorzubringen, in Erwägung ziehen (actio vel exceptio an sit fundata), und sofort, falls sie erheblich für diesen Zweck, aber vom Gegner des Behauptenden widersprochen sind, ihre juristische Wahrheit prüfen (actio vel exceptio an sit probata). Die Ueberzeugungsgründe müssen in der Regel ebenfalls von den Parteien beigebracht werden.

Auf welche Art nun aber dieses Beweisen der Wahrheit oder Unwahrheit von Thatsachen an das Behaupten derselben am zweckmäßigsten anzureihen sei, ist de lege ferenda seit langer Zeit bestritten, und wir finden in den neueren Gesetzen verschiedenartige Vorschriften über diesen Punkt.

Es gibt drei Hauptmethoden, die aber wieder sehr häufig in einer seltsamen, prinzipiosen Mischung neben einander adoptirt sind.

Es kann

1) das Beweisen unmittelbar mit dem Behaupten von Thatsachen so verbunden werden, daß für den Fall eines Widerspruches die Beweismittel schon angegeben sind und die Erörterungen darüber mit dem Widerspruche beginnen können.

Diese Methode verdient aus vielen Gründen am wenigsten Billigung. Die Parteien sind genöthiget, Beweise auf Beweise oft unnütz zu häufen, wodurch der Gang des Verfahrens beschwerlich und verwickelt wird, weßhalb ein Votum von Braunschweig-Wolfenbüttel auf dem Reichstage von 1654

gegen diese Methode bemerkte: es würden oftmals **acta cum rotulis** also angefüllet, daß kaum ein Maulthier suffizient, sie zu tragen.

Nur in den schon oben §. 8. angedeuteten exceptionellen Prozeßarten ist diese Verbindung an ihrem Platze.

2) Der Behauptende kann die Erklärung des Gegners abwarten, und erst dann seine Beweise vorbringen, wenn ihm ein Widerspruch des Gegners mitgetheilt wird.

Auf dieser Methode beruhen die §§. 35 ff. des j. R. A. Dabei ist aber die erstere Methode (Antizipation des Beweises) erlaubt. Diese Methode hebt die Mängel der ersteren nur theilweise. Es hat daher

3) die gemeinrechtliche Praxis nach dem Vorbilde des sächsischen Prozesses eine dritte Methode angenommen, nach welcher das ordentliche Verfahren, wenn darin eine Beweisführung nothwendig wird, in zwei Abschnitte zerfällt. Im ersten — Vorverfahren, Schriftenwechsel — haben beide Parteien die Thatsachen, aus welchen sie Rechtswirkungen ableiten wollen, zu behaupten und die vom Gegner behaupteten zu beantworten. Im zweiten Abschnitte — Beweisverfahren — werden die Beweismittel vorgebracht, darüber verhandelt und sofort definitiv entschieden. In der Mitte zwischen diesen beiden Abschnitten steht ein Erkenntniß des Richters, wodurch dieser ausspricht, welche Thatsachen und von wem sie zu beweisen seien, und eben dieses Erkenntniß bildet einen Hauptvorzug dieser Methode. Es wird dadurch eine Beweisantretung über ganz unerhebliche Thatsachen vermieden, und die oft sehr bestrittene Frage, welche Partei beweispflichtig sei, wird durch das Beweiserkenntniß zum Voraus entschieden, so daß die Parteien durch eine irrige Ansicht über diesen Punkt nicht leiden können.

Der Schleunigkeit des Verfahrens scheint allerdings eines der ersteren Systeme mehr zu entsprechen, doch lehrt die Erfahrung, daß es lediglich auf die Verhältnisse des einzelnen Falles ankommt, ob dieses oder jenes System schneller

zur Erledigung des Prozesses führt, so daß sich hierüber keine allgemeine Regel aufstellen läßt. Da nun jedenfalls die Gerechtigkeit für die dritte Methode spricht, so muß diese als allgemeine Regel den Vorzug verdienen, weil die Regeln nicht nach der zufälligen Lage der Sache wechseln können.

Uebrigens kommt die Eventualmaxime auch im Beweisverfahren zur Anwendung. Es müssen alle bestrittenen Thatsachen gleichzeitig zum Beweise ausgesetzt werden, und die Beweisführer müssen alle Beweismittel, deren sie sich bedienen wollen, auf einmal vorbringen, nicht aber das eine erst dann, wenn das andere mißlungen ist.

Die badische Prozeßordnung (§. 393. 408. 409.) ist beim ordentlichen Verfahren der dritten Methode treu geblieben, hat aber in Bezug auf gewisse Rechtsstreitigkeiten unpassender Weise die erste angenommen §. 674, weßhalb in der Novelle von 1837 §. 7. einige Aenderungen getroffen wurden.

§. 13. c) Nebensachen. Zwischenpunkte.

(M. §. 31. 32. L. §. 56. 57. H. §. 147—149.)

Außer den bisher berührten Bestandtheilen des Prozeßinhalts kommen Anträge und Erörterungen im gerichtlichen Verfahren vor, welche unmittelbar weder die Darstellung noch das Beweisen der Schicksale des bestrittenen Rechtsverhältnisses, der causa principalis, zum Gegenstande haben.

Sie werden mit Rücksicht auf ihren Zweck, Inhalt und ihre daraus fließende Einreihung in die Ordnung des Verfahrens verschieden klassifizirt. Alle diese Punkte haben den gemeinsamen Charakter, daß ihr Inhalt nicht ein selbstständiges Rechtsverhältniß berührt, sondern nur etwas Accessorisches zu der Verhandlung und Erledigung der bestrittenen Hauptsache bildet. Ihr Zweck ist präparatorischer Natur, sofern dadurch ein noch nicht anhängiger Prozeß über ein bestimmtes Rechtsverhältniß vorbereitet oder herbeigeführt werden soll, z. B. die Aufforderung zum Klagen, oder sofern eine einzelne Handlung oder das Exekutionsverfahren vorbereitet und in

ihrem Erfolge unterstützt werden sollen, z. B. Urkundeneditionsgesuche, Arrestanträge.

Sie sind dependenter Natur, wenn sie erst nach entschiedener Hauptsache zur Sprache kommen können, z. B. der Ersatz der Prozeßkosten (causae incidentes, subsequentes).

Es leuchtet von selbst ein, daß diese Nebenpunkte nicht von der Eventualmaxime erfaßt und ihr gemäß an eine bestimmte Stelle des Prozesses verwiesen werden können, denn sie gehen bald dem Prozesse voraus, bald folgen sie ihm nach, bald tauchen sie an dieser bald an jener Stelle auf und müssen separat erlediget werden. Die Erledigung geschieht im abgekürzten Verfahren und in der Regel bei dem Gerichtsstand der Hauptsache, worin hauptsächlich der Grund liegt, warum diese Punkte als Nebenpunkte eine besondere Erwähnung verdienen.

Die *causae incidentes* dürfen aber nicht mit den *quaestiones incidentes* verwechselt werden, wovon in den ff. §§. die Rede seyn wird, und ebensowenig darf man solche Streitigkeiten hieher rechnen, die ein selbstständiges Rechtsverhältniß zum Gegenstande haben, zufällig aber mit Rücksicht auf einen anderen Prozeß erhoben wurden; denn es kommt nicht auf die zufällige Nebenabsicht dessen an, der den Streit erhebt, sondern darauf, daß dieser Streitpunkt seiner Natur nach ein accessorium eines anderen Streites bildet.

§. 14. 2) Vergleichung des älteren römischen Verfahrens.

(L. §. 59. H. §. 114 ff. 280 ff.)

Hievon wird schon in der Rechtsgeschichte gehandelt, und zwar in Folge trefflicher neuerer Forschungen mit großer Genauigkeit. Vgl. namentlich neben Heffters Lehrbuch

Puchta Institutionen II. Bd. §. 149—188.

v. Bethmann-Hollweg Handbuch des Civilprocesses I. B.

Wir wissen dorther, daß Rom keine Beamten hatte, die ausschließlich mit der Rechtspflege beschäftigt waren. Selbst das Amt des Prätors, dem die jurisdictio vorzugsweise über-

tragen war, umfaßte nebstdem Regierungsgeschäfte. Seine Gewalt als Inhaber der Jurisdiction ging ferner über die heutigen Grenzen des Richteramtes hinaus; denn er übte durch seine Edicte und das hieraus entspringende **jus honorarium** zugleich eine gesetzgebende Gewalt aus. Er konnte zwar dadurch das **jus civile** nicht aufheben, wohl aber ergänzen und in seinen Härten mildern, nachdem sich zuvor ein dringendes Bedürfniß einer solchen Bestimmung im Rechtsleben des Volkes gezeigt hatte.

Dieser Zustand der Rechtspflege scheint nun in einem directen Widerspruche mit den Grundsätzen zu stehen, welche man heut zu Tage für eine gute Rechtspflege aufstellt. Die möglichen Gefahren schwanden jedoch durch das wachsame Auge der Oeffentlichkeit, durch die allgemein rege Theilnahme an öffentlichen Angelegenheiten und durch den hohen Sinn für das wahre Recht, noch mehr aber verschwanden sie durch die Trennung des Verfahrens zwischen dem **Praetor** und **judex**.

Der erstere stellte nur die entscheidenden Momente, das **punctum juris** aus den Vorträgen der Parteien fest, und übertrug das weitere Verfahren sowie die Endentscheidung dem **judex**. Diese Trennung hatte einige Aehnlichkeit mit der heutigen Abtheilung des Verfahrens in das Vor- und Beweisverfahren, ohne jedoch mit demselben ganz identisch zu seyn.

Beide Theile erschienen mit einander vor dem Prätor; denn der Beklagte hatte die Pflicht, der außergerichtlichen **in jus vocatio** des Klägers Folge zu leisten.

Der Kläger brachte seinen Anspruch und zwar nach Abschaffung der **legis actiones** ohne besondere Formeln vor. Räumte der Beklagte die Existenz desselben unumwunden ein (**confessio in jure**), so war damit die Sache beendiget, **nam confessus in jure pro judicato habetur.** Verneinte er aber die Existenz und der Anspruch war nicht an sich zur Verwerfung geeignet (**actionem denegare**), so wurde **per formulam**, d. h. durch ein bedingtes Dekret (**si paret con-**

demnato, si non paret, absolvito) einem judex das weitere Verfahren übertragen, in welchem nun auch die Thatsachen der relativen Verneinung (§. 11.) näher zur Sprache kamen. Wollte der Beklagte sich auf Exceptionen stützen, so mußten diese in der Regel ebenfalls vor dem Prätor vorgebracht und, wenn sie begründet, aber eines Beweises bedürftig waren, in die Formel als Beisatz aufgenommen werden (z. B. si in ea re nihil metus causa factum est). In manchen Fällen aber nahm der Magistrat die causae cognitio selbst vor — extraordinaria cognitio. Diese Cognitionen wurden von Zeit zu Zeit weiter ausgedehnt, bis endlich die Trennung des Verfahrens in jure et in judicio gänzlich aufgehoben wurde, und die Verhandlung zu einem Ganzen vor demselben Beamten zusammenschmolz, wie wir es zu Justinian's Zeit vorfinden.

§. 15. B) Behandlung einer Mehrheit von Rechtsstreitigkeiten.

1) Im Falle ihrer Verschiedenheit.

(M. §. 27. L. §. 53. H. §. 103. 105.)

Jedes Recht hat seine eigene Klage, und nach allgemeinen Regeln muß

1) jedes Klagerecht, welches geltend gemacht werden soll, durch eine besondere Klagehandlung — nicht in demselben Klagschreiben oder Klageprotokoll mit einem anderen — ausgeübt werden.

2) Jede Klage ist bei demjenigen Gerichte anzubringen, welches nach den Grundsätzen über das forum für die Entscheidung derselben zuständig ist.

3) Der darüber entstehende Streit muß in besonderen Acten verhandelt und entschieden werden. Alles dieses fordert die Rücksicht für Verhütung von Verwirrungen, welche aus einer gemeinschaftlichen Verhandlung mehrerer Rechtsstreitigkeiten entstehen und der raschen Erledigung derselben Hindernisse bereiten würden. Es darf ferner

4) die Verhandlung der einen Streitsache auf den Fortgang der Verhandlung der anderen keinen Einfluß üben als den, daß eine früher anhängig gewordene Sache vor der später eingeleiteten ihre Erledigung finden soll, sofern nicht die jüngere ob periculum in mora, oder weil sie eine Armensache ist, in dieser Beziehung ein Vorzugsrecht hat.

C. G. O. v. 1555. Thl. 10. Tit. 1. §. 2. 8.
R. A. von 1566. §. 117. 118.
Visitat. Ab. v. 1713. §. 60. 70.

Endlich ist

5) die bei der Entscheidung der einen Sache von einem Gerichte ausgesprochene Ansicht über eine bestimmte Rechtsfrage, wenn diese bei der Entscheidung eines anderen Rechtsstreits ebenfalls zur Sprache kömmt, weder für das nämliche noch für ein anderes Gericht bindende Norm, sondern es kann eine Entscheidung im entgegengesetzten Sinne erfolgen, cum non exemplis sed legibus judicandum sit, l. 13. C. de sent. 7. 45. Nur „in ambiguitatibus, quae ex legibus proficiscuntur, consuetudo et rerum perpetuo similiter judicatarum auctoritas vim legis obtinere debent, l. 38. D. de leg. 1. 3. Doch ist es natürlich, daß ein solches exemplum oder praejudicium desselben Gerichts oder höherer Gerichte einen moralischen Einfluß auf die spätere Entscheidung ähnlicher Sachen ausübt; auch macht es keinen guten Eindruck auf das Ansehen der Justiz, si diversa pronunciantur, weßhalb der j. R. A. §. 136. und der Vis. A. von 1713 §. 84. die Gerichtsassessoren ermahnten, daß sie zuwiderlaufende praejudicia in alle Weg verhüten helfen und, da sich dergleichen Fälle ergeben würden, sich zuvörderst in pleno eines Gewissen vereinbaren.

Während in einzelnen deutschen Staaten wegen der Einheit in judicando den Entscheidungen der höchsten Gerichte bei zweifelhaften Gesetzesstellen eine bindende Auktorität für spätere Entscheidungen noch besonders beigelegt ist, verwirft der art. 5. des C. c. das juristische Gewicht der Präjudizien,

ohne aber damit natürlich den moralischen Einfluß beseitigen zu können und zu wollen.

Die oben aufgestellten Regeln werden nun aber aufgehoben und vielfach modifizirt, wenn die eine Klage mit einer anderen ganz oder doch theilweise identisch (konnex) ist, und hievon wird in den folgenden §§. die Rede seyn.

§. 16. 2) Im Fall ihrer Identität (exceptio rei judicatae).

(M. §. 113. L. §. 171. H. §. 267 ff. 316.)

Die Thatsache, daß ein Klagerecht schon früher ausgeübt und streitig geworden ist, res in judicium deducta, gibt für sich allein dem neuerdings Verklagten die Befugniß, die nochmalige Einlassung auf einen Streit zu verweigern. Nach älterem röm. Recht war es die exceptio rei in judicium deductae, deren sich der Beklagte hier bediente, jetzt ist es die exceptio litis pendentis. Aber nicht blos der Name, sondern auch das Wesen dieser beiden Exceptionen ist verschieden. Die Litis-Contestation vor dem Prätor bewirkte nämlich ehemals die novatio necessaria, kraft welcher sich das ursprüngliche Klagerecht in die Befugniß verwandelte, zu verlangen, daß der judex — si paret — dem Kläger definitiv dasjenige zuspreche, was ihm der Prätor durch seine formula bedingt zuerkannt hatte. Das Klagerecht selbst war erloschen oder konsumirt, und auch die nicht verfolgten Ansprüche, welche auf der nämlichen Klage beruhten, wurden durch jene exceptio zurückgewiesen, woher das ältere Rechtssprüchwort:

ante litem contestatam *dare* oportere, post litem contestatam *condemnari* oportere, post condemnationem *judicatum facere* oportere. Vergleiche

Keller Litis-Contestation und Urtheil. Zürich 1827.

Diese Novation ist durch das justinianeische Recht aufgehoben und in die Einwendung übergegangen, daß der Beklagte nicht schuldig sei, wiederholt auf dieselbe Klage zu

antworten. Der materielle Inhalt des Klagerechts wird dadurch nicht mehr ergriffen.

Tritt aber die weitere Thatsache hinzu, daß der frühere Streit zu Gunsten des Beklagten entschieden worden ist, so dient die exceptio rei judicatae zur Widerlegung der Existenz des Klagerechts selbst, und diese Einrede darf so wenig als irgend eine andere von Amtswegen, sondern nur auf Vorschützen des Beklagten beachtet werden.

Si judicio tecum actum fuerit, sive in rem, sive in personam, nihilominus obligatio durat, et ideo ipso jure de eadem re postea adversus te agi potest, sed debes per exceptionem rei judicatae adjuvari. §. 5. J. de except. 4. 13.

Die Bedingungen der res judicata sind theils formell, nämlich die Rechtskraft des angerufenen Urtheils, theils setzt materiell die exceptio rei judicatae völlige Identität der jetzigen Klage mit der früher abgeurtheilten voraus, und eine Rückerinnerung an die einzelnen, schon im Civilrecht zur Sprache kommenden Merkmale jener Identität ist uns hier nicht allein wegen der exceptio rei judicatae, sondern auch zu dem Zwecke von Wichtigkeit, um sofort diejenigen prozessualischen Institute anreihen und überschauen zu können, welche aus der Connexität, d. h. aus der theilweisen Identität mehrerer Rechtssachen entspringen und im Verfahren eine durchgreifende Rolle spielen. Da hier unsere Basis mehr civilrechtlicher Natur ist, so können wir ohne Anstand jetzt schon das Wesen jener Institute aus dem Grundprinzip herleiten, wenn auch Manches und namentlich die Form des Verfahrens einer späteren Entwickelung vorzubehalten ist. In Bezug auf das badische Recht wird bemerkt, daß das heutige gemeine und das französische Civilrecht in dem Wesen der exceptio rei judicatae mit höchst unbedeutenden Ausnahmen übereinstimmen, weßhalb denn auch die französischen Rechtslehrer die Hülfe des röm. Rechts zur Erläuterung des Art. 1351. sorgsam benutzen.

§. 17. Erforderniſſe der Identität.

a) Eadem quaestio.

α) Identität des Streitobjects.

Der in den römiſchen Rechtsquellen oft ausgeſprochene Satz „res judicata pro veritate accipitur“ — für die rechtliche Wahrheit des Inhalts einer rechtskräftigen Entſcheidung ſtreitet eine praesumtio juris et de jure, C. civ. art. 1350. — gibt als das eigentliche Weſen der res judicata die Wirkung zu erkennen, daß alles dasjenige als unwahr und grundlos verworfen werden muß, was nach den Regeln des Denkens unmöglich wahr ſeyn kann, wenn wir den Inhalt des ergangenen rechtskräftigen Urtheils als eine Wahrheit voranſtellen. Wir finden ferner die Ergebniſſe eines judicium mit denen einer Uebereinkunft verglichen, d. h. es ſoll der Inhalt eines Urtheils unter den Parteien ebenſo wirkſam ſeyn, als wäre er durch einen Vertrag, durch Verzicht oder Anerkennung unter den nämlichen Perſonen feſtgeſetzt worden. Sicut in stipulatione contrahitur, ita judicio contrahi. l. 11. §. 13. de peculio 15. 1. Eadem ratio esse debet judiciorum, in quibus videmur quasi contrahere, ac conventionum. Pothier des obligat. II. nro. 904. Vergl. auch l. 20. C. de transact. 2. 4. und C. c. art. 2052. Dieſe Analogie iſt namentlich für den ſubjectiven Umfang der res judicata von Bedeutung (§. 19.).

Die exceptio rei judicatae iſt demnach an ihrem Platze, quoties eadem quaestio inter easdem personas revocatur, vel alio genere judicii. l. 7. §. 4. h. t. Es macht keinen Unterſchied, ob die wiederholt angeregte quaestio früher in der Form einer Klage oder in der Form einer exceptio in judicium deduzirt und zur gerichtlichen Aburtheilung gekommen war. Selbſt eine verſäumte exceptio, deren Wahrheit die Wahrheit der res judicata ausſchließen würde, kann nicht mehr in Form einer Klage vorgeführt werden.

l. 19. l. 15. h. t.
l. 8. §. 2. D. de neg. gest. 3. 5.
l. 7. §. 1. D. de Comp. 16. 2.

Nam cui jus erat agendi et excipiendi super eodem jure, si exceptione se tueri malit et succubuit, agendi facultas ei postea denegabitur. (Gothofredus.)

Es erheiſcht nun aber

I. die eadem quaestio

1) bei allen Arten von Klagen daſſelbe Streitobject. Inspiciendum est, an idem corpus sit, quantitas eadem, idem jus, l. 12. 13. 14. h. t., mithin bei Klagen auf eine beſtimmte Sache dieſelbe Species, z. B. daſſelbe Grundſtück, bei dinglichen Klagen das nämliche dingliche Recht an derſelben Sache, und bei Klagen auf eine Quantität: Dinge derſelben Gattung und in derſelben Zahl. (Nur auf die Summe bezieht die quantitas Donellus Comment. lib. 22. c. 5. §. 11.) *Sed pars in toto est;* eadem enim res accipitur, etsi pars petatur ejus, quod totum petitum est. Nec interest, an in corpore hoc quaeratur, an in quantitate vel in jure. Siehe l. 7. pr. h. t. und eine Reihe von Stellen dieſes Titels zur Erläuterung. Aber auch das Größere kann nicht mehr gefordert werden, nachdem ein Kleineres als Theil deſſelben begehrt und das Begehren verworfen iſt, ſofern das Nichtſeyn des kleineren das Nichtſeyn des größeren Rechts mit logiſcher Nothwendigkeit in ſich ſchließt. l. 3 h. t. Duranton droit civil VII. nro. 464.

Sehr häufig erſcheint uns ein Rechtsverhältniß als die Mutter einer Mehrheit von Rechten oder auch Verbindlichkeiten einer Perſon, ſo daß letztere insgeſammt nicht als beſtehend gedacht werden können ohne das Daſeyn der Quelle, aus der ſie abgeleitet werden. Wenn daher ein ſolches abgeleitetes Rechtsverhältniß beſtritten wird, ſo bildet die Frage nach der Exiſtenz der Mutter deſſelben die Grundfrage (quaestio major), und erſt, wenn hierüber kein Zweifel iſt, kann von dem dependenten Rechte (quaestio minor) die Rede ſeyn.

Die l. 21. D. de exc. 44. 1. bezeichnet dieſen Zuſammenhang beziehungsweiſe die quaestio minor dahin: „cum ea quaestio in judicium deducitur, quae vel *tota* vel ex *aliqua parte* communis est quaestioni de re majori.“

Vollſtändig in der Grundfrage iſt die quaestio minor dann enthalten, wenn das Daſeyn des einen Rechts ſtets auch das Daſeyn des anderen in ſich ſchließt. So iſt z. B. die actio fam. herc. und communi div. in dem Miterbrecht oder Miteigenthum enthalten.

Gemeinſchaft *ex aliqua parte* iſt vorhanden, wenn zwar das größere Recht ohne das kleine exiſtiren kann, nicht aber umgekehrt. Als Beiſpiel dienen alle Vermögensrechte, welche durch die Verwandtſchaft bedingt ſind, namentlich Erb- und Alimentationsrechte; ebenſo die aus dem Eigenthum fließenden Gebrauchsrechte.

Liegt nun ein Urtheil über die res major vor, ſo iſt dieſes als res judicata maßgebend in allen Streitigkeiten, welche über die res minor entſtehen mögen. Wenn z. B. über die Verwandtſchaft erkannt iſt, ſo gilt dieſes Urtheil für maßgebend in allen daraus entſpringenden Vermögensſtreitigkeiten. Ebenſo gilt das Urtheil über die Umſtoßung eines Vertrages als res judicata für alle Klagen, die dadurch bedingt ſind, wenn auch dieſe letzteren ſonſt unter ſich verſchieden wären. Es kann aber die res minor in judicium deduzirt werden, ehe noch über die causa major rechtskräftig entſchieden, oder ohne daß ein Urtheil über die causa major begehrt iſt, indem nur um Zuerkennung der causa minor gebeten wurde. Die quaestio major erſcheint hier als *quaestio incidens* in dem Streite über die causa minor, weil über letztere unmöglich entſchieden werden kann, ohne die quaestio major zur Erörterung zu bringen. Pertinet ad officium judicis, qui de hereditate cognoscit, universam *incidentem quaestionem* (sc. de statu) quae in judicium devocatur, examinare. l. 1. C. de ord. jud. 3. 8. Vgl. auch l. 5. §. 8. 9. D. de alend. lib. 25. 3.

Im Urtheile selbst, dessen Inhalt allein in Betracht kommt, kann sich aber der Richter nur über das Daseyn des kleineren Rechtes aussprechen, non de ea, sed de hereditate pronunciat, l. 1. cit., weil die res major nicht zum Gegenstande des Klagbegehrens gemacht wurde, und der Richter nicht über diese Grenze hinaus im Urtheil etwas zu- oder aberkennen darf (§. 9). Da jedoch die quaestio major *incidenter* beantwortet seyn muß, z. B. in den Entscheidungsgründen, so entsteht die Frage, ob einer späteren Klage, welche die causa major ex professo zum Gegenstande hat, das frühere Urtheil über die causa minor als exceptio rei judicatae entgegen beziehungsweise als Grundlage zur Seite steht, je nachdem jene quaestio im vorangegangenen Streite bejahend oder verneinend für den Kläger beantwortet wurde. In der Regel finden wir diese Frage entweder allgemein verneint oder allgemein bejaht. Das erstere z. B. bei Heffter §. 139. Ein moralischer Einfluß auf die spätere Entscheidung wird jedenfalls zurückbleiben, wenn der Richter schon früher dieselbe Frage erörtert hat. Was aber den juristischen Einfluß betrifft, so ist weder eine allgemeine Verneinung, noch eine allgemeine Bejahung das Richtige. Es kommt vielmehr Alles darauf an, ob nach dem oben angegebenen Prinzip der res judicata der Inhalt des Urtheils über die res minor, wenn man denselben für sich allein und als eine rechtliche Wahrheit betrachtet, das Seyn oder Nichtseyn der causa major als eine logische Nothwendigkeit in sich trägt, oder nicht. Das Resultat einer solchen Prüfung ist je nach Gestalt des einzelnen Falles verschieden. So sagt z. B. die l. 23. h. t., daß die Verwerfung einer Zinsforderung niemals eine exceptio rei jud. gegen den Anspruch auf das Kapital begründe, da es sich recht wohl denken läßt, daß Jemand zwar keine Zinse, doch aber ein Kapital zu fordern hat. Wenn dagegen umgekehrt eine Summe Geldes als Zins von einem Kapitale, oder überhaupt als eine wiederkehrende Lei-

stung aus einem größeren Rechte zuerkannt ist, so ist es nicht möglich, daß wir das Daseyn dieser Verbindlichkeit als Wahrheit annehmen, ohne zugleich das größere Recht als vorhanden zu betrachten. Es ist daher auch über dieses entschieden. Wenn aus der Verwandtschaft auf Alimente geklagt ist, so sagt die **l. 5 §. 9. de al. lib. D. 25. 3**, daß die Zuerkennung der Alimente keine **res judicata** über die Verwandtschaft selbst bilde, **nec enim hoc pronunciatur, filium esse, sed ali debere.** Die Alimentationspflicht kann auch einen anderen Grund haben, z. B. ein Versprechen.

Toullier droit civil X. nro. 228.

Wenn auf Theilung erkannt ist, so findet ein Streit über das Miteigenthum nicht mehr statt, weil das Recht auf Theilung ohne das Miteigenthum nicht denkbar, somit auch über letzteres entschieden ist.

l. 36. D. fam. herc. 10. 2.

Von diesem Gesichtspunkte aus werden eine Reihe von Entscheidungen der franz. Gerichtshöfe in Sirey's Sammlung, welche sonst unvereinbar scheinen, leicht erklärlich. Wo nun nach dem bisherigen **res judicata** über die **quaestio major** nicht vorliegt, kann es leicht seyn, daß ein späteres Urtheil über dieselbe dem früheren über die **causa minor** ergangenen Erkenntniß insofern widerspricht, als der früheren Entscheidung eine andere Ansicht über die Existenz der **causa major** zum Grunde lag, als diejenige, auf welcher das spätere Urtheil beruht. Von den prozessualischen Hülfsmitteln, dieses zu vermeiden, unten §. 21.

§. 18. β. eadem causa petendi (Einheit des Klagegrundes).

2) Bei der Einheit des Grundes, aus welchem die Existenz einer Befugniß abgeleitet wird, kommt nicht allein die Identität der Thatsachen in Betracht, welche in dem früheren und in dem jetzigen **judicium** vorgetragen wurden, um daraus die Entstehung der Befugniß herzuleiten, sondern mit densel-

den und als etwas untrennbares von ihnen die juristische Qualität der aus den Thatsachen abgeleiteten Rechtswirkung, welche Rechtswirkung jedoch nicht mit dem Gegenstande, welcher vermöge dessen gefordert wird, verwechselt werden darf. Causa semper adjicitur in actionibus in personam, cum nulla sit hic obligatio et actio, nisi ex certa definita causa, cujusmodi est, depositi, commodati, ex emto vendito, locato conducto, negotiorum gestorum, tutelae, damni injuria, furti, et si quae sunt similes, quae ex contractu, aut quasi contractu, ex maleficio aut quasi ex maleficio nascuntur: ut sic singulos obligationes singulae causae sequuntur (l. 14 §. 2. h. t.), sequantur in petitione, eaedem scilicet, quae obligationem in ea contrahenda antecesserunt. Donellus l. c. §. 16. Es können nun natürlich unter denselben Personen eine Mehrheit von Obligationen bestehen, von welchen jede eine ähnliche causa hat, wie die andere z. B. mehrere Kaufgeschäfte et nulla earum alterius petitione vitiatur l. 4 cit. Es kann ferner dieselbe Sache aus mehreren verschiedenen Gründen geschuldet werden, saepius deberi potest l. 14 cit., und auch hier gilt dieselbe Regel.

Wo aber causa und Gegenstand identisch sind, ohne daß dabei eine doppelte obligatio behauptet wird, macht eine veränderte Erzählung der Thatsachen, um die causa darzustellen, ebensowenig eine alia res aus, als unter Beibehaltung derselben Thatsachen und desselben Gegenstandes die Unterstellung eines anderen Rechtsgrundes (mutatio generis actionis), eine alia res begründet. Spectanda est — — causa proxima actionis. Nec jam interest, qua ratione quis eam causam actionis competere sibi existimasset l. 27. h. t. Cum quis actionem mutat et experitur, dummodo de eadem re experiatur, etsi diverso genere actionis, quam instituit, videtur de eadem re agere. l. 5. h. t. Wenn z. B. die actio redhibitoria angestellt und abgewiesen wurde, so steht der actio quanti minoris die exceptio rei judicatae

entgegen, nam; posterior actio etiam redhibitionem continet, si tale vitium in homine est, ut eum ob id actor empturus non fuerit l. 25 §. 1. h. t. art. 1644. des C. civ. Pothier l. c. nro. 899. Duranton nro. 480.

Hingesehen auf diejenigen Klagen, welche die Vernichtung und Umstoßung einer obligatio bezwecken, so nehmen Toullier l. c. nro. 165 ff. und mit ihm die franz. Gerichtshöfe an, daß es auch hier nicht auf die Einheit in den einzelnen Thatsachen ankomme, aus welchen dieser oder jener Mangel, dieser oder jener Aufhebungsgrund abgeleitet werde, sondern auf die Identität der causa nullitatis, insbesondere Mangel der freien Einwilligung, Formlosigkeit des Geschäftes, Verletzung, so, daß wenn der früheren Klage eine solche causa bereits zum Grunde gelegen, der Vortrag anderer Thatsachen zur Begründung dieser causa die neue Klage nicht zu einer von der ersten verschiedenen Klage gestalte.

Wenn z. B. ein Act angefochten war, weil der eine Zeuge minderjährig gewesen sey, und nach Verwerfung dieser Klage die Nichtigkeit deßhalb behauptet wird, weil ein anderer Zeuge ein Ausländer gewesen, so steht die exceptio rei judicatae entgegen.

Diese von den Obligationen geltenden Regeln leiden jedoch nach römischem Rechte bei actiones in rem die Ausnahme, daß bei einer solchen Klage die Anführung einer speziellen causa oder eines Erwerbtitels in der Klage selbst gar nicht nothwendig war, l. 14 §. 2. h. t., omnes causae una petitione adprehenduntur, neque enim amplius, quam semel res mea esse potest. Daraus folgte von selbst, daß bei einer Vergleichung der späteren Klage mit der früheren nur darauf gesehen wurde, ob dasselbe jus an demselben corpus in Anspruch genommen wird. Dagegen wurde der in der späteren Klage angegebene Erwerbtitel gar nicht in Betracht gezogen, ausgenommen, sofern dieser erst nach der Sentenz seine Entstehung erlangt haben soll. l. 11. §. 4. 5. h. t.

Nachdem jedoch der §. 34 des j. R. A., womit auch der §. 247 der bad. Prozeßordnung und der Art. 61 des C. de proc. übereinstimmen, die genaue Angabe aller zur Begründung eines Anspruchs dienlichen Thatsachen als Theil der Klagehandlung verlangt hat, so wird mit Recht behauptet, daß auch bei actiones in rem adjecta vel expressa causa geklagt werden müsse.

Gett Erörterungen S. 179 ff.

§. 19. b. Identität der Personen.

II. Von Urtheilen wie von Verträgen gilt gleichmäßig der Satz „res inter alios acta vel judicata tertiis nec nocet nec prodest" und folgeweise der weitere: mutatio personarum, cum quibus singulis *suo nomine agitur*, aliam atque aliam rem facit, etsi eadem quaestio in omnibus judiciis versatur l. 22. h. t.

Dabei ist jedoch zugleich auf die civilrechtliche Eigenschaft der Personen zu sehen, in welcher sie gestritten. Mehrere physisch verschiedene Personen können in juristischer Beziehung als eine gelten, und umgekehrt kann dieselbe Person in verschiedener Eigenschaft geklagt haben, z. B. zuerst ex proprio jure und dann als Erbe eines anderen.

Dagegen kommt auf die Identität der Parteirolle nichts an.

l. 15. 19. h. t.
l. 8. §. 2. de neg. gest. 3. 5.
l. 7. §. 1. de comp. 16. 3.

und ebensowenig darauf, ob man den Rechtsstreit in eigener Person geführt hat, oder ob man durch andere Personen vermöge Auftrag oder kraft Gesetzes vertreten wurde (vgl. z. B. Art. 1428 des C. civ.).

Sind mehrere Personen bei der Entscheidung einer quaestio interessirt und haben einzelne Interessenten bei der Verhandlung derselben nicht mitgewirkt, so gilt zwar im Allgemeinen der Grundsatz, daß die res judicata nur unter den streitenden Interessenten Wirkung hat, allein mit Ausnah-

men, und es ist über diese Fälle der Betheiligung Mehrerer Folgendes zu bemerken:

I. Alle Familienglieder müssen das Urtheil anerkennen, welches zwischen dem Familienhaupt und einem Dritten wegen Angehörigkeit des letzteren in die Familie erlassen wurde, denn das Familienhaupt ist der legitimus contradictor im Namen aller Deszendenten, ohne daß etwa diese Wirkung durch die Annahme der Erbschaft bedingt wäre.

l. 1 §. 16. l. 2. 3. D. de agn. et al. lib. 25. 3.
l. 25. de statu hom. 1. 5.
Duranton l. c. nro. 527.

Ebenso muß der Obereigenthümer des gegen den Nutzeigenthümer, als Repräsentanten der Sache nach Außen, gefällte Urtheil wider sich gelten lassen.

l. II. Feud. 43.
art. 577 a m des bad. Landrechts.

Von mehreren Miteigenthümern eines Grundstücks kann der Einzelne mit Wirkung gegen die anderen über active und passive Grunddienstbarkeiten der gemeinschaftlichen Sache streiten, obwohl er durch Verträge die anderen nicht verpflichten kann. Es gilt jeder Miteigenthümer des Grundstücks als Repräsentant desselben wegen Untheilbarkeit der Real-Servituten.

l. 4. §. 3. 4. D. si serv. vind. 8. 5.
Duranton l. c. nro. 528.

Nach röm. Rechte sind die Legatarien an das gegen den Testamentserben als solchen erlassene Urtheil gebunden.

l. 3 pr. de pignoribus 20. 1.
l. 8 §. 16. l. 17. §. 1. de inoff. test. 5. 2.
l. 1. h. t.

Nach franz. Recht ist dieses nicht der Fall.

Den Gläubigern, welche (art. 1166 des C. civ.) die Rechte des Schuldners als procuratores in rem suam verfolgen, steht die exc. rei jud. aus einem gegen den Schuldner erlassenen Urtheil entgegen.

Nur unter gewissen Voraussetzungen können die also Vertretenen das rechtskräftige Urtheil anfechten, namentlich wegen Kollusionen.

l. 19. D. si serv. vind. 8. 5.

l. 3. de pignor. 20. 1.

Vangerow I. S. 209. Vgl. auch unten §. 24.

II. Bei Uebertragung und Verleihung von Rechten ist die Existenz und Unwiderruflichkeit des Rechts auf Seiten des Auktors eine Grundfrage (causa major) sowohl für die daraus hergeleiteten Rechte des Erwerbers, als auch für die regressorische Haftung des Auctors wegen Eviction. Jene Frage erhält zuerst ihre Entscheidung

a. bei Cessionen durch die Klage des Cessionars gegen den debitor cessus.

b. Bei Uebertragung dinglicher Rechte durch die rei vindicatio eines Dritten, welche gegen den Besitzer der Sache daher bald gegen den Erwerber, bald gegen den Auctor selbst gerichtet wird. Das erstere, z. B. bei Uebertragung des Eigenthums, das letztere bei Verleihung von Servituten. Ebenso verhält es sich mit der actio in rem scripta, wenn der Titel des Auctors angefochten und deßhalb eine Sache aus dritter Hand zurückgefordert wird.

l. 13. §. 1. D. de minoribus 4. 4.

In allen diesen Fällen bildet die Entscheidung, welche dem einen Interessenten gegenüber gefällt wird, noch keine res judicata gegen die anderen, sofern nicht bei Veräußerungen die Rechtsübertragung dem Urtheil nachfolgte. Dieses ist ganz klar entschieden in

l. 28. l. 11. §. 10. l. 29. §. 1. h. t.

Es kann also hier dieselbe quaestio bei der Regreßklage wiederholt zur Aburtheilung kommen und dabei eine entgegengesetzte Lösung finden.

Doch muß derjenige, welcher nach obigen Andeutungen zunächst zum Streite legitimirt war, und solchen wissentlich durch den im Hintergrunde Interessirten führen ließ, die

res judicata anerkennen. Scientibus sententia obest, cum quis de ea re, cujus actio vel defensio *primum* sibi competit, *sequenti* agere patiatur l. 63. de re jud. 42. 2. Ei tamen, qui cum sibi primum de ea re actio vel defensio competebat, sustinuit sequentem agere, ac illi etiam, qui passus est eum, a quo causam habuit, experiri, est praejudicium generatum.c. 25. X. de sent. et r. j. Nam qui non prohibit, pro se intervenire, mandare creditur l. 60. de R. J. Vergl. auch unten §. 24.

III. Stehen mehrere Personen in Gemeinschaft eines Rechtes oder einer Verbindlichkeit, so kann

1) bei actiones in rem jeder von mehreren Berechtigten nur seinen ideellen Antheil in judicium deduciren, und bei mehreren Beklagten entscheidet der Besitz des Einzelnen über den Umfang der gegen ihn zu richtenden Klage.

l. 8. D. de R. V. 6. 1.

l. 20. §. 1. de interrog. 11. 1.

Die Antheile der anderen werden also nicht in judicium deduzirt, und es kann ihnen auch die exc. rei jud. nicht entgegengehalten werden. Si ex duobus petitoribus alter victus acquieverit, alterius petitioni non praejudicatur.

l. 63. de re jud. 42. 2.

Dieses leidet jedoch, wie oben bemerkt, eine Ausnahme bei untheilbaren dinglichen Rechten an einer fremden Sache.

2) Bei Obligationen gilt im Zweifel ebenfalls die Regel, daß jeder nur pro parte berechtiget und jeder nur pro parte verpflichtet ist. Wenn daher auch die obligatio durch dasselbe factum entstanden ist, so sind im Grunde doch so viele einzelne Obligationen vorhanden, als Theilhaber und das für oder wider Einen derselben erlassene Urtheil hat keinen Bezug auf die Uebrigen.

Si cum uno herede depositi actum sit, tamen et cum caeteris heredibus recte agetur, nec exceptio rei judicatae eis proderit

l. 22 h. t.

Si ex duobus heredibus alter condemnatur, alteri integra defensio est, etiamsi cum heredi suo agi scierit.

l. 63. cit. art. 1668—1672 des C. civ.

Dieser Grundsatz leidet aber folgende Modifikationen:

a. Wenn mehrere Erben eines Schuldners eine bestimmte Sache zu leisten haben, so kann derjenige von ihnen, der die Sache besitzt, quia habet facultatem totius rei restituendae, auf das Ganze belangt werden.

l. 3. §. 3. Commodati 13. 6.
C. civ. art. 1221. 1223. 1672.

Die Ausdehnung der res judicata auf die Miterben kann hier nur wegen des Rechtes auf Gewährleistung gegen die Miterben zur Sprache kommen, vergl. unten §. 24.

b. Wenn mehrere Personen eine Sache durch Depositum, Commodat u. s. w. in fremde Gewahrsam gegeben, oder wenn der Deponent u. s. w. mehrere Erben zurückgelassen hat, so sind sie im Zweifel nur pro rata berechtiget, und die res judicata wirkt nur gegen die im Streite befangenen Personen. Wenn aber wegen der physischen Untheilbarkeit der Sache diese nicht theilweise restituirt werden kann, so muß derjenige, welcher allein und ohne Auftrag von den anderen geklagt hat, gegen Auslieferung dessen, was seinen Antheil übersteigt, Sicherheit leisten.

l. 1. §. 36. 37. Depositi 16. 3.
Unterholzner Schuldverhältnisse I. S. 181.
v. Vangerow III. S. 76.
Bad. Proz. O. §. 93 und unten §. 23.

Diesen Obligationen pro parte stehen gegenüber die verschiedenen Arten der obligationes in solidum, welche freilich im französischen Rechte nicht so genau von einander unterschieden worden sind, als im römischen Rechte, obwohl man dem letzteren nach Anleitung Pothiers folgen wollte. Sie entstehen durch Vertrag — eigentliche Correalobligationen — durch Gesetz oder durch Untheilbarkeit der Leistung und die Thatsachen, welche auf das Obligationsverhältniß einwirken,

dehnen, wie aus dem Civilrecht bekannt, den Umfang ihrer Wirkungen bald auf alle Theilhaber aus, wenn z. B. die obligatio selbst durch Zahlung aufgehoben wird, bald beschränken sie sich nur auf einzelne, indem sie diese von der communio obligationis ausscheiden. Was hier den subjectiven Umfang der res judicata betrifft, so geht solche bei einer Solidarität, die nicht durch ausdrückliches Versprechen und durch Uebernahme derselben Schuld von mehreren Schuldnern entstanden ist, über die streitenden Parteien nicht hinaus. Es ergibt sich dieses aus

l. 52. §. 3. de fidej. et mand. 46. 1.

Plures ejusdem pecuniae credendae mandatores, si unus judicio eligatur, *absolutione quoque secuta* non liberantur, sed omnes liberantur pecunia soluta.

Vergl. Keller Litiscontestation S. 453 ff.

Ist aber Correalität vorhanden, so galt nach älterem römischem Rechte der Grundsatz, daß durch die Auswahl eines Schuldners, also namentlich durch die Klage wider den einen das Klagerecht gegen die anderen erlosch, und es ist daher begreiflich, wenn wir hier über die Wirkungen der res judicata keine weiteren Erörterungen in den Pandecten finden. Es beschäftigen sich diese hauptsächlich mit den Wirkungen des Eides, und das ist denn auch im art. 1365 des C. c. nachgeahmt worden.

l. 27. 28. D. de jurejurando 12. 2.
l. 42. §. 3. D. ibid.

Der Eid nützt allen, wenn er über den Bestand der obligatio selbst, und nicht blos über die Betheiligung des Schwörenden bei der obligatio abgeleistet wurde.

Nach Aufhebung der Prozeßconsumtion durch die

l. 28. C. de fidej. 8. 41.

ist man nicht einig, in wie weit die res judicata, die für oder wider einen Schuldner erlassen wurde, auch zum Vortheil oder Nachtheil der andern wirke. Nur in Bezug auf Bürgen ist soviel entschieden, daß die über den Bestand der

obligatio gegenüber von dem Hauptschuldner erlassene günstige Entscheidung auch dem Bürgen zu gut kommt und so umgekehrt.

l. 42. §. 3. cit. l. 7. §. 1. D. de exc. 44. 1.

Dasselbe wendet auf alle Correalobligationen an

Ribbentrop Correalobl. §. 28.

während Andere diese Ausdehnung bezweifeln,

Fritz Erläuterungen **II.** S. 184.

Da in solchen Verhältnissen das Versprechen, daß Alle für Einen und Einer für Alle haften wollen, obwohl unter ihnen selbst die Schuld mindestens getheilt ist, eine wechselseitige Interzession der Einzelnen enthält, soweit die Zusage den sie treffenden Antheil an der Schuld übersteigt, und da also hierin, wie bei der Bürgschaft, ein genügender Auftrag zur wechselseitigen gerichtlichen Vertretung liegt, so wird die Ausdehnung der **res judicata** auf Alle, wie bei Interzessionen überhaupt, nicht zu bezweifeln seyn und vergeblich beruft sich **Duranton l. c. nro. 519** auf die oben zitirte **l. 52. §. 3,** um das Gegentheil zu beweisen, denn diese Stelle redet nicht von Correalobligationen und ist daher nur maßgebend für andere Sammtverbindlichkeiten. Auch gibt **Duranton no. 517** selbst zu, daß das gegen den Hauptschuldner erlassene Urtheil auch gegen den Bürgen wirke, um die Existenz der Schuld gegen ihn zu beweisen.

Vergl. auch **l. 3. §. 1. C. de usuris 7. 54.**

Donellus l. c. c. 5. §. 20.

Pothier l. c. nro. 909.

Schlußbemerkung. Man unterscheidet in neuerer Zeit gemeinrechtlich zweierlei Arten von Functionen einer rechtskräftigen Entscheidung, eine positive und eine negative. Die positive Function soll in den Wirkungen bestehen, welche aus dem Satze fließen, „**res judicata pro veritate accipitur.**“ Man glaubt jedoch nicht alle in den Pandecten der **res judicata** zugeschriebenen Folgen aus jenem Satze erklären zu können und lehrt deßhalb, daß das Daseyn des Urtheils

für sich allein und ohne Rücksicht auf dessen Inhalt, parallel mit der Litiscontestation des älteren Rechtes und der Prozeß-consumtion, die Wiederholung der abgeurtheilten Klage unmöglich mache, und daß diese Aufhebung des Klagerechtes, welche aus der ehemaligen Prozeßconsumtion in die exceptio rei judicatae hineingekommen sey, die negative Function der letzteren ausmache. Hieraus allein soll z. B. erklärt werden können l. 7. pr. l. 21. §. 1. 2. h. t., wie dieses Keller l. c. und ihm folgend v. Vangerow l. c. im Näheren darstellen. Letzterer scheint jedoch anzunehmen, daß diese negative Function ein verkommenes, jetzt nicht mehr in das Rechtssystem passendes Ueberbleibsel der Consumtion sey.

Auch für die Anwendung neuerer Gesetze ist diese Lehre darum von Wichtigkeit, weil uns einerseits das römische Recht stets als Leitfaden einer konsequenten Durchführung des Wesens der exc. rei jud. in einzelnen Fällen bleiben wird, und weil andererseits sowohl die Prozeßconsumtion, als auch die negativen Functionen jener exceptio mit den neueren Rechten nicht verträglich sind, so namentlich nicht mit dem franz. Civilrecht — wo also die negative Function in der heutigen Anwendung sorgsam ausgeschieden werden müßte. Alle franz. Rechtslehrer erläutern jedoch die exc. rei judicatae hauptsächlich aus dem römischen Rechte und gedenken dabei keiner andern Modifikation desselben, als derjenigen, die aus der Aufhebung des Unterschiedes zwischen actiones in rem et in personam hervorgeht und auch dem jetzigen gemeinen Rechte eigen ist. Durch eben diese Modifikation verlieren nun gerade die wesentlichen jener Wirkungen, welche man als die negativen bezeichnet, ihre Bedeutung und es ist daher erklärlich, wenn man bisher nicht für nöthig gefunden hat, die Wirkungen der res judicata theilweise anders als aus dem Satze „res judicata pro veritate accipitur“ zu erläutern. Zudem dürften dem Versuche, alle Folgen der res judicata aus diesem Satze zu erklären, selbst nach römischen Rechte keine so großen Schwierigkeiten im Wege stehen, als Manche glau-

ben, und es ist daher oben von dieser neueren Unterscheidung Umgang genommen worden.

§. 20. 3. Im Falle der Connexität. Arten.

(M. §. 28 ff. L. §. 55 ff. H. §. 102 ff.)

Die Connexität, als theilweise Identität betrachtet, besteht unter mehreren Rechtsverhältnissen

I. dann, wenn sie denselben Subjecten angehören, indem entweder demselben Kläger mehrere Ansprüche und Klagen wider denselben Beklagten zukommen, oder der Beklagte auch Ansprüche an den Kläger zu haben behauptet. Dieses ist, wenn nicht eine Connexität von der unten sub **II.** erwähnten Art damit konkurrirt (gemischte Connexität), ein rein zufälliger Umstand, der übrigens nicht ohne Einfluß auf die prozessualische Behandlung der also zusammentreffenden Klagen geblieben ist. Es ging daraus das Recht der objectiven Klagenhäufung auf Seiten des Klägers und das Recht der Wiederklage auf Seiten des Beklagten hervor. Beides sind rein prozessualische, mit der inneren Natur der Rechtsverhältnisse in keiner Verbindung stehende Institute. Sie haben auch nur den prozessualischen Vortheil einer gemeinschaftlichen Verhandlung und namentlich die daraus hervorgehende Kostenersparung zum Zwecke. Dieser rein formellen Natur wegen mögen diese Institute später am geeigneten Orte ihre Darstellung finden. Die Connexität kann sich aber auch

II. auf die quaestio beziehen und hier nimmt sie eine materielle mit dem civilrechtlichen Wesen der Rechtsverhältnisse innig verbundene Natur an. Es sind jedoch die Gestalten, in welchen sich dieser Zusammenhang äußert, sehr verschieden und eben so vielfach sind die darauf beruhenden Institute. Es kann nämlich

A. der Inhalt der quaestio in Bezug auf verschiedene Personen derselbe seyn, eadem quaestio in omnibus judiciis versatur sed mutatis personis l. 22. D. de exc. rei jud. 44. 2.

B. Es ist zwar hinsichtlich der quaestio eine Mehrheit vorhanden, allein es besteht zwischen den einzelnen Klagen ein Präjudicialverhältniß, d. h. die eine erscheint als causa major und die andere als causa minor. Dieses Präjudizialverhältniß und seine Wirkungen haben im heutigen Prozeßrecht eine größere Ausdehnung erlangt, als sie das römische Recht anerkennt. Wir müssen hier unterscheiden

1) ein Abhängigkeitsverhältniß, wenn die Nichtexistenz der causa major nothwendig auch die Nichtexistenz der causa minor nach sich zieht. Dieses Verhältniß hatte nach römischem Rechte im Allgemeinen die Wirkung, daß die causa minor erst zur Verhandlung kommen durfte, wenn die causa major entschieden und sofort nach dem Inhalt dieser Entscheidung die Existenz der causa minor überhaupt noch möglich war. **Per minorem causam majori cognitioni praejudicium fieri non oportet, major enim quaestio minorem ad se trahit. l. 54 D. de jud. 5. 1.** Bei diesen also zusammenhängenden Rechtsverhältnissen können

a. dieselben Personen betheiliget seyn oder es kann

b. die quaestio minor eine dritte Person berühren, die bei dem Prozesse über die causa major weder Kläger noch Beklagter ist.

2) Das Ausschlußverhältniß, wenn der günstige Erfolg der einen Klage die Existenz oder Wirksamkeit einer anderen aufhebt, indem beide Klagen auf denselben Gegenstand gerichtet sind, aber nicht nebeneinander zur Realisirung gelangen können. Dieses Verhältniß finden wir

a. bei mehreren Klagerechten derselben Person. Es bildet die rein civilrechtliche Materie der Klagenkonkurrenz.

v. Savigny röm. R. V. Bd. §. 231 ff.

b. zwischen dem Kläger und Beklagten in der Weise, daß letzterer ein stärkeres Recht auf den Gegenstand zu haben behauptet, als dasjenige ist, welches den Inhalt der Klage ausmacht. Dieses stärkere Recht kann nach

Umständen in Gestalt einer Einrede (vgl. §. 11.) oder auch in Gestalt einer Wiederklage verfolgt werden. Es kann endlich

c. ein Dritter ein Recht behaupten, welches seinem Inhalte nach stärker ist, als das stärkere von denjenigen, die in einem anhängigen Prozesse auf den betreffenden Gegenstand geltend gemacht worden sind.

Von diesen verschiedenen Fällen nun im Einzelnen.

§. 21. a. Materielle Connexität mehrerer Rechtsverhältnisse derselben zwei Parteien.

α. Abhängigkeitsverhältniß.

(Exceptio praejudicialis – legitimatio ad causam.)

(M. §. 36. L. §. 115. H. §. 103. 106. 139.)

Von diesem Verhältnisse sind oben §. 17 mehrere Beispiele vorgekommen, und es ist dabei gezeigt worden, wie die quaestio major, wo sie als quaestio incidens erscheint, bald in die res judicata hineinfällt, bald nicht. Sowohl in dem einen als in dem anderen Falle hat es allerlei Mißstände, daß die Hauptsache nur so nebenher (incidenter) zur Sprache kömmt. Es ist leicht möglich, daß es hier mit der causa major, weil sie nur quaestio incidens ist, nicht so genau genommen wird, und daß, wenn sie nicht von der res judicata umfaßt wird, entweder ein moralischer Einfluß der früheren Entscheidung auf die späteren oder widersprechende Urtheile zu besorgen sind. Da nun nach der Verhandlungsmaxime das Klagbegehren darüber entscheidet, was Streitgegenstand ist, ob also insbesondere nur die quaestio minor denselben bilden und die quaestio major eine Inzidentfrage bleiben soll, so können die Mißstände nur dadurch beseitiget werden, daß der Kläger angehalten wird, auch ein Erkenntniß über die causa major zu beantragen. Von Amtswegen kann der Richter ihm dieses nicht befehlen, weil er überhaupt Niemanden zum Klagen auffordern darf. Nur das Recht steht dem Richter zu, die Verhandlung und Entscheidung der causa minor bis zur Erledigung der causa major zu sistiren,

wenn beide Sachen gleichzeitig durch eine Klage anhängig geworden sind.

Das Gebot der Eventualmaxime kann einer solchen Anordnung nicht entgegengehalten werden, weil es sich nur auf die aus der Vertheidigung des Beklagten entstehende Mehrheit von Streitfragen über dieselbe Sache, nicht aber auf die Verhandlung mehrerer gleichzeitig erhobener Klagen bezieht.

Dagegen gibt das römische Recht dem Beklagten in derartigen Fällen die **exceptio praejudicialis** als ein Mittel, den Kläger aufzufordern, die nur *incidenter* geltend gemachte **causa major** vorerst förmlich einzuklagen und solche verhandeln und entscheiden zu lassen, ehe auf die **causa minor** eingegangen wird.

l. 1. §. 1. D. fam. erci. 10. 2.
l. 32. §. 10. D. de recept.
l. 13. 16—18. D. de except. 44. 1.

Heffter §. 139 sagt, daß hierin noch Vieles dunkel sey, und daß nach der Vorstellung der neueren Prozeßtheorie über den Legitimationspunkt, den man sich von der Hauptsache getrennt denke und worunter man auch Verhältnisse begreife, die an sich eine **major causa** darstellen, die römische **exceptio praejudicii** wohl gänzlich in der fehlenden Legitimation zur Sache und des nicht zustehenden Klagerechts untergegangen und vergessen worden sey, daß ferner eine Freisprechung des Beklagten, auf den Grund einer solchen Einrede so wenig schon für eine **res judicata** für den Beklagten in Betreff der **causa major**, als die Verurtheilung des Beklagten ungeachtet jener Einrede schon für eine **res judicata** zu Gunsten des Klägers in Betreff der **major causa** von der Praxis gehalten werden dürfte.

Man kann dieser Ansicht nicht beistimmen. Wenn auch noch manche Einzelheiten dieser **exceptio**, welche ohne Zweifel mit der römischen Gerichtsverfassung zusammenhängen, nicht gehörig aufgeklärt seyn mögen, so ist doch das Wesen und

und der Zweck jener Einrede im Allgemeinen nicht zu verkennen, aber in obiger Weise nicht richtig aufgefaßt, denn was

1) den Umfang der **res judicata** betrifft, so ist schon oben gezeigt worden (§. 17), welche Grundsätze hinsichtlich der **causa major** und **minor** entscheiden, und zudem bezweckte die Präjudizialeinrede nicht allein die Abwendung einer wirklichen **res judicata**, sondern die Abwendung aller derjenigen Nachtheile, welche mit einer incidenten Erörterung der **causa major** verbunden sind.

2) Von der Einrede der fehlenden **legitimatio ad causam** ist die **exc. praej.** so wesentlich verschieden, daß sie Gegensätze bilden.

Die **legitimatio ad causam** — deren Wesen hier vorläufig berührt werden muß — hat zwar mit der **exc. praej.** das gemein, daß bei jener, wie bei dieser nebst dem Rechtsverhältniß, welches den eigentlichen Gegenstand des Streits und der Entscheidung bildet, noch eine weitere **causa** zur Sprache kommt, welche die Entscheidung über das erstere bedingt. Der Unterschied liegt aber darin, daß durch den Streit über die **legitimatio ad causam** und durch die Entscheidung desselben nicht die Existenz des eingeklagten Rechts bedingt wird, wie durch die **quaestio major**, sondern es hängt davon nur die Frage ab, ob eine Klage oder **exceptio**, diese als existirend angenommen, derjenigen Person beziehungsweise gegen diejenige Person zustehe, von welcher oder gegen welche davon Gebrauch gemacht wurde, sey es

a. weil die Klage oder Einrede der Entstehung nach ursprünglich einer anderen oder gegen eine andere Person zukam, und daher die Partei, welche davon Gebrauch macht, den Rechtsübergang nachweisen muß, oder weil

b. das Rechtsverhältniß seiner inneren Natur nach nicht unmittelbar an ein bestimmtes Rechtssubject geknüpft ist, sondern nur mittelbar,

vergl. v. Savigny röm. R. **II.** §. 103.

z. B. eine Grunddienstbarkeit, so daß die Partei, welche das

Rechtsverhältniß in den Streit führen will, die Voraussetzungen nachweisen muß, welche bei derartigen Rechtsverhältnissen nöthig sind, um ihre Verknüpfung mit den streitenden Parteien als vorhanden darzustellen. (Später mehr über die Sachlegitimation.)

Endlich kann

3) darüber kein Zweifel seyn, daß diese dilatorische Einrede auch heute noch eine eben so große und nützliche Bedeutung hat, als sie es je hatte. So hat sie auch in der österreichischen Praxis neben der sogenannten Einrede fehlender Sachlegitimation und ohne besondere gesetzliche Bestimmung volle Anerkennung gefunden.

Fischer dilatorische Einreden §. 84 ff.

Ihre Zulässigkeit kann, abgesehen von den Bestimmungen des römischen Rechts, schon darum nicht bezweifelt werden, weil man überall das Recht, zum Klagen aufzufordern, anerkennt und weil die exceptio praejud. in der That nichts anderes ist, als eine in das Gewand der exceptio eingekleidete provocatio ad agendum, indem der Kläger durch seine gerichtliche Klage das Daseyn eines Rechtsverhältnisses behauptet, welches der Beklagte nicht anerkennt, und welches durch die Klage, so wie sie angestellt ist, auch nicht zur definitiven Entscheidung kommen würde. Es ergibt sich auch aus mehreren Stellen, insbesondere aus

l. 1. §. 1. fam. herc. 10. 2.

ganz deutlich, daß jene exceptio in allen denjenigen Fällen unstatthaft ist, wo eine provocatio ad agendum nicht statt findet, so namentlich wo es Sache des Aufforderers ist, selbst eine Klage zu erheben z. B. wenn sich der Kläger im Besitze einer Sache befindet nnd der Beklagte ihn anhalten wollte, die Eigenthumsklage anzustellen.

Läßt man aber anders die Aufforderung auch in der Form einer Einrede zu, wie denn alle Klagen nach Umständen auch als Einreden benützt werden können, so ist die natürliche Folge, daß über diesen Präjudizialeinwand zuerst erkannt werden

muß. Wäre endlich hinsichtlich der causa major actio nondum nata, so kommt es darauf an, ob man in solchen Fällen eine Provokation gestattet (§. 5.)

§. 22. β) Ausschlußverhältniß.

Außer der Klagenkonkurrenz und außer den Einreden, welche aus einem stärkeren Rechte abgeleitet werden — Punkte, welche hier nicht zu erörtern sind, — kann dieses Verhältniß zwischen denselben Parteien in der Weise vorkommen, daß von Seiten des Beklagten eine Klage wider den Kläger erhoben wird, deren Sieg die weitere Verhandlung und Entscheidung des zuerst anhängig gewordenen Rechtsstreites als unnütz darstellen würde, z. B. der Confessorienkläger wird von dem Beklagten mit einer rei vindicatio wegen des angeblich herrschenden Grundstücks belangt. Auch hier ist der Richter befugt, die Verhandlung der bedingten Sache zu sistiren, bis über die präjudizielle entschieden ist. (Vergl. §. 319 der bad. Proz. O., der übrigens nur von dem umgekehrten Falle spricht).

§. 23. b) Materielle Connexität der Rechtsverhältnisse mehrerer Personen. Streitgenossenschaft.

α. Streitgenossenschaft im engern Sinn.

(M. §. 34. L. §. 109. H. §. 109.)

Das Wesen aller Prozeßinstitute, welche aus der Connexität der Rechtsverhältnisse zwischen mehreren Personen hervorgegangen sind, besteht in der Bildung einer Streitgenossenschaft, litisconsortium, um dadurch eine Mehrheit von Rechtsstreitigkeiten über eine gleiche quaestio abzuschneiden.

Eine Streitgenossenschaft ist vorhanden, wenn im Rechtsstreite mehrere Personen den Zweck derselben Parteirolle aus eigenem Interesse gemeinschaftlich verfolgen, sey es nun der Rolle des Klägers — active — oder der Rolle des Beklagten — passive Streitgenossenschaft. Der Begriff der Mehrheit von Personen jetzt natürlich voraus, daß die In-

tereſſenten in Bezug auf das Rechtsverhältniß nicht etwa eine juridiſche Perſon ausmachen, wie z. B. die Bürger einer Gemeinde in Streitigkeiten über das Gemeindevermögen.

Die Streitgenoſſenſchaft iſt aber, je nach der Beſchaffenheit des eigenen Intereſſes der gemeinſchaftlich Streitenden eine Streitgenoſſenſchaft im engeren oder im weiteren Sinne. Die erſtere, von welcher in dieſem §. zunächſt die Rede iſt, ſetzt voraus

1) bei dem Vorhandenſeyn mehrerer Perſonen auf der klägeriſchen Seite: daß jeder derſelben unmittelbar ein Recht zuerkannt werden ſoll, oder daß

2) bei mehreren Perſonen auf beklagter Seite jede derſelben unmittelbar zur Anerkennung eines Rechts oder zur Leiſtung einer Verbindlichkeit angehalten werden ſoll.

Was nun

I. die Zuläſſigkeit einer ſolchen Verbindung betrifft, die man auch ſubjective Klagenhäufung nennt, ſo iſt dieſelbe unbedingt ſtatthaft bei Rechten und Verbindlichkeiten, die mehreren Perſonen pro parte oder in solidum zukommen ſollen, ſofern nur in Bezug auf alle Betheiligten derſelbe juriſtiſche Zweck — nicht zu verwechſeln mit dem materiellen Gegenſtande, v. Savigny V. B. S. 208 not. f. — verfolgt wird.

Dieſe ausnahmsweiſe eintretende gemeinſchaftliche Verhandlung wird natürlich nur dadurch möglich, daß der Streit in Bezug auf alle Theilnehmer bei dem nämlichen Gerichte geführt wird, weßhalb ſie auch nach der römiſchen Gerichtsverfaſſung ad eundem judicem verwieſen wurden.

Die römiſchen Rechtsquellen, obwohl dürftig hinſichtlich dieſes Inſtituts, geben doch wichtige Andeutungen über den Zweck deſſelben, ſowie über die Fälle, in welchen mehrere Perſonen an denſelben judex verwieſen werden ſollen.

So ſagt die l. 8. §. 1. D. de liberali causa 40. 12.

> Si plures dominium servi sibi vindicent, dicentes esse communem, ad eundem judicem mittendi sunt — sed si unusquisque suum esse in solidum

non in partem dicat, cessat S. C., *neque enim timor est, ne varie judicetur.*

Es ist also die Besorgniß widersprechender Urtheile im Fall getrennter Erledigung über dieselbe quaestio als Grund der Verweisung an denselben judex angegeben. (Vergl. über diese Stelle auch §. 25). Quinctilian (Inst. orat. l. III. c. 10) äußert sich hierüber: privata judicia saepe unum judicem habere multis et diversis formulis solent: nec aliae species erunt, etiamsi unus a duobus dumtaxat eandem rem atque ex eadem causa petet, aut duo ab uno, aut plures a pluribus, quia, quamvis in multis personis, causa tamen una est.

Hierdurch wird die oben angegebene Regel der Zulässigkeit bestätiget und eben diese Regel ist auch in §. 93 der bad. Prozeßordnung festgehalten, während die gemeinrechtliche Praxis eher über diese Schranken hinausgeht, und die subjective Klagenhäufung überall begünstiget, wo aus der gleichzeitigen Verhandlung keine Verwirrung zu besorgen ist, sondern eine rechtliche Gleichartigkeit der Gründe und Beweise für alle einzelnen Ansprüche vorausgesetzt werdeu kann.

II. Ob von dem Rechte der Streitgenossenschaft Gebrauch gemacht werden soll, liegt im Allgemeinen in der Willkür der klägerischen Rolle, und der Beklagte muß sich der Wahl fügen. Doch ist es sehr bestritten, ob nicht der Beklagte und wie weit er die Befugniß habe, die Bildung einer Streitgenossenschaft mit der exceptio plurium litis consortium zu verlangen, wenn die klägerische Rolle davon keinen Gebrauch machte.

Die l. 1. C. de cons. 3. 40. verwirft zwar diese Einrede; da es jedoch Verhältnisse gibt, in welchen die vereinzelte Klagerhebung Mißstände herbeiführt, so werden von der einen Seite Ausnahmen behauptet, in welchen diese exceptio dennoch zulässig seyn soll, nämlich: „bei untheilbaren Sachen und Forderungen" (Linde §. 109). Von anderer Seite wird die Statthaftigkeit dieser Einwendung bestritten, wohl aber

zugegeben, daß in den angeführten Fällen eine Sicherheitsleistung für die etwaigen nachtheiligen Folgen der unterlassenen Streitgenossenschaft vom Beklagten verlangt werden könne. Die richtige Beantwortung dieser Frage liegt in folgenden Sätzen:

a. das Prozeßrecht gibt keine dilatorische Einrede, um den Kläger in allen Fällen, wo die Bildung einer Streitgenossenschaft erlaubt wäre, aber durch die Erhebung der Klage nicht geschehen ist, zu einem litisconsortium zu nöthigen, dagegen bringt es

b. die civilrechtliche Natur mancher Rechtsverhältnisse mit sich, daß dem Beklagten Einwendungen gestattet werden müssen, welche den Zweck haben, eine gemeinschaftliche Rechtsverfolgung zu erzielen, oder nach Umständen sich durch Cautionsleistung gegen die möglichen nachtheiligen Folgen vereinzelter Rechtsverfolgung bewahren zu lassen.

c. Die einzelnen Fälle, in welchen entweder diese Einrede statthaft ist, oder sogar von Amtswegen die vereinzelte Klagerhebung nicht zugelassen werden darf, sind hiernach im Civilrecht aufzusuchen, und wenn auch das Prozeßrecht die Einrede mehrerer Streitgenossen als eine allgemein erlaubte dilatorische Einrede verwirft,

l. 1. C. de consort. 3. 40.

so sind damit die speziellen, mit der civilrechtlichen Natur des Streitverhältnisses zusammenhängenden Bestimmungen über Rechtsverfolgung oder Cautionsleistung nicht aufgehoben.

d. Zur Bezeichnung dieser Fälle ist der Ausdruck „untheilbare Sachen oder Forderungen" unrichtig und überdies zweideutig, obwohl er sich auch in der bad. Proz. O. §. 97, mit den Worten „untheilbare Gegenstände" findet.

Im Näheren ist nun Folgendes zu bemerken: So weit durch die Einrede mehrerer Streitgenossen

1) der Kläger mehrere Beklagte zu belangen gezwungen werden soll, ist sie jedenfalls unstatthaft. Sind außer dem Beklagten noch mehrere Pflichtige vorhanden, so

kommt Alles darauf an, ob der Kläger civilrechtlich den einen Beklagten auf das Ganze belangen kann oder nicht. Letzteren Falls hat der Kläger zu viel gefordert und seine Klage ist in Ansehung des plus verwerflich. Im ersten Falle dagegen wäre es ein Eingriff in das Recht des Klägers, sich an Einen zu halten. Nur wo das beneficium *divisionis* Platz greift, mag der Beklagte von dieser civilrechtlichen Wohlthat Gebrauch machen.

v. Vangerow III. S. 80.

art. 2026 (2026 a.) des C. civ.

Im Uebrigen gewährt nicht nur kein Gesetz ein prozessualisches beneficium für den Beklagten, um den Kläger zur Bildung eines passiven Litiskonsortiums zu veranlassen, sondern die l. 1. C. de cons. 3. 40 verwirft entschieden eine solche dilatorische Einrede als prozessualisches Hülfsmittel des Beklagten.

Da nun bei untheilbaren Forderungen jeder Mitschuldner civilrechtlich auf das Ganze belangt werden kann, so darf das Prozeßrecht nicht wieder das Gegentheil bestimmen. Ueberdies gibt das Civilrecht dem Beklagten, wenn er seine Mitbetheiligten ebenfalls in den Streit hineinziehen will, hiezu eigene Mittel an die Hand, ohne dadurch den Kläger in seiner Rechtsverfolgung zu stören. Es darf nämlich der Beklagte die anderen Schuldner mitvorladen lassen, damit sie gleich ihm verurtheilt werden, wenn es zur Verurtheilung kömmt, und jedenfalls kann er ihnen, um seine Regreßklage zu sichern, den Streit verkünden. Ueber das letztere Mittel vergleiche §. 24.

l. 80. ad leg. Falc. 35. 2.

l. 11. §. 23. de legati III. 32.

l. 2. in quibus rebus 11. 2.

Nov. 4. cap. 1.

Nov. 99 cap. 1.

Aus diesen Bestimmungen ist der art. 1223 des C. civ.

hervorgegangen, aber in der bad. Proz. O. nicht berücksichtiget worden.

2) Soll durch die exc. plur. lit. cons. eine aktive Streitgenossenschaft herbeigeführt werden, so existirt zu diesem Zwecke ebenfalls kein prozessualisches beneficium, sondern es kommt hier darauf an, ob nicht das Civilrecht vermöge der Natur des betreffenden Verhältnisses dem einzelnen Berechtigten allein und ohne Einwilligung der anderen Betheiligten zu klagen untersagt, oder dem Beklagten das Recht einräumt, nur gegen Caution das Urtheil zu vollziehen.

Um derartige Fälle anzuführen, so ist

a) schon oben §. 19 vorgekommen, daß in Obligationsfällen, wo der Gläubiger zwar nur pro rata berechtiget ist, der Beklagte aber wegen Untheilbarkeit der Sache theilweise zu leisten nicht angehalten werden kann, entweder alle Berechtigten gemeinschaftlich klagen müssen, oder der Alleinklagende, wenn er nicht die Einwilligung der übrigen zum Empfang der Sache beibringt, dem Beklagten gegen Abtretung der ganzen Sache Sicherheit dafür leisten muß, daß er den Rechtsstreit auf sich nehmen wolle, falls die übrigen Berechtigten, gegen welche der Beklagte nicht frei wird, später ebenfalls Klage erheben sollten (cautio defensum iri). Es steht natürlich bei dem Beklagten, ob er von dieser Einwendung Gebrauch machen will und sie findet erst bei der Execution statt. l. 1. §. 36. 37. Depositi 16. 3. C. c. art. 1939. Martin Magazin I. S. 47 behauptet, daß der Miteigenthümer einer physisch untheilbaren Sache berechtiget sey, die ganze Sache zu vindiziren, wenn er dem Beklagten wegen der Antheile der anderen Miteigenthümer Sicherheit leiste. Dies ist aber eine ganz irrige Anwendung der Regeln über Obligationen auf actiones in rem. Daß das Eigenthum nach ideellen Theilen abgetreten und folgeweise auch vindizirt werden kann, sagt

l. 35. §. 5. D. de R. V. 8. 1.

l. 83. de legati I. 30.

ganz deutlich und wofür im Fall der Abtretung des Ganzen

eine Caution bestellt werden müßte, ist gar nicht zu begreifen; denn durch die Abtretung des Besitzes würde der Beklagte von jeder weiteren Vindication der übrigen Betheiligten befreit.

b) Beispiele von Fällen, in welchen kein einzelner Betheiligter ohne vorausgegangene Vereinigung mit den Anderen Klage erheben kann, selbst wenn der Beklagte keine Einwendung dagegen macht, liefern die

l. 31. §. 5—10. de aed. edicto 21. 1.

si plures heredes sint emptoris, omnes consentire debent ad redhibendum.

l. 84. §. 13. de legatis I. 30.

Si is, cui legatum fuerat, antequam constitueret, qua actione uti vellet, decessit duobus heredibus relictis, legatum accipere simul venientes, nisi consenserint, non possunt, quare quamdiu alter rem vindicare vellet, alter in personam agere non poteat, sed si consenserint, rem communiter habebunt, consentire autem vel sua sponte debent, vel judice imminente. Vergl. hierüber auch

Sintenis Erläuterungen I. 78.
Pothier de la vente nro. 224.
Troplong de la vente nro. 576.

c) In anderen Fällen kann der Beklagte zwar pro parte belangt werden, hat aber das Recht zu erklären, daß er das pro parte Verlangte nur entweder im Ganzen oder gar nich leiste.

l. 47. §. 1. D. de minoribus 4. 4.
C. civ. art. 1670. und darüber Troplong de la vente nro. 749.

d) Bei Theilungsklagen sollen alle Interessenten an denselben judex verwiesen werden.

l. 1. D. in quibus rebus 11. 2.

Ueber die Frage, ob Einzelne unter den Miterben oder Miteigenthümern ohne Mitwirkung der übrigen einen Theilungsstreit erheben und austragen können — vergl. hierüber

l. 2. §. 4. D. fam. herc. 10. 2. und
Paulus R. S. J. 18. §. 4.

lehrt v. Vangerow Pandecten II. §. 514. S. 386. mit Recht und gemäß der Natur der Sache, daß das jud. fam. herc. bei Uebergehung eines Miterben nichtig sey. Vergl. Heffter §. 109.

So verordnet es auch das franz. Civilrecht, weil es jede Theilung, die ohne Zuzug oder gehörige Vertretung aller Interessenten vor sich geht, nur für eine provisorische erklärt, art. 466. 840., und weil der Richter nach dem Satze „judicio contrahitur" nicht eine Theilung durch ein Erkenntniß bewirken kann, wo sie durch einen Vertrag nicht stattfindet. Wer von den Theilhabern sich also nicht der Rolle des Klägers anschließt, muß von dieser als Beklagter belangt werden. Ebenso bei Klagen auf Aufhebung einer Theilung.

III. Anlangend die prozessualischen Folgen der Streitgenossenschaft, so wollen die Streitgenossen

1) eine gemeinschaftliche Verhandlung und Entscheidung des Rechtsstreites. Es sind ihnen deßhalb auch die prozessualischen Rechte und Pflichten gemeinsam, welche aus diesem Zwecke entspringen, und in dieser Beziehung besteht unter ihnen ein Gesellschaftsverhältniß, societas litis. Alle wollen, hingesehen auf den Inhalt des Urtheils,

2) eine gleichlautende günstige Entscheidung herbeiführen. Die Mittel zur Erreichung dieses Zweckes können aber verschieden seyn, und es gilt hier im Allgemeinen der Grundsatz, daß ungeachtet der formellen Vereinigung kein anderes Verhältniß hinsichtlich der Vertheidigungswege der einzelnen Betheiligten eintritt, als wenn die Prozesse einzeln und getrennt geführt würden.

Das Benehmen des einen Streitgenossen kann dem anderen keinen Schaden bringen, und was die nützlichen Handlungen betrifft, so gilt zwar im Zweifel die Vermuthung, daß dieselben zum Vortheil aller Streitgenossen vorgenommen wurden, sofern sie überhaupt auch den anderen nützen können;

allein es ist Jedem unverwehrt, gegen diese Unterstellung und nur in seinem Interesse zu handeln. Es kann der eine Streitgenosse ein Vertheidigungsmittel, das ein anderer gewählt hat, hinsichtlich seines Antheils am Streite von sich weisen.

Hiernach kann also auch der eine Streitgenosse den Prozeß gewinnen und der andere ihn verlieren, ohne daß die Urtheile sich widersprechen, weil durch die verschiedenartige Prozeßführung die quaestio, die der Klage nach für Alle eine gleiche ist, für jeden Einzelnen eine andere Gestalt erlangt hat.

Nur bei untheilbaren Rechtsverhältnissen ist es eine nothwendige Folge der Untheilbarkeit des Streitobjects, daß nicht der eine gewinnen und der andere verlieren kann, daß vielmehr die von dem einen Streitgenossen errungenen Vortheile auch dem anderen zu gut kommen müssen.

Weiteres hierüber bei den einzelnen Materien, auf welche die Streitgenossenschaft Einfluß hat.

§. 24. β) Streitgenossenschaft im weiteren Sinn.

aa) Nebenintervention. Litisdenunziation.

(M. §. 303. 305. 307. L. §. 110. 112. H. §. 496. 498 ff.)

Die Streitgenossenschaft im weiteren Sinne wird dadurch begründet, daß eine dritte d. h. nach dem Inhalt der Klage weder als Kläger noch Beklagter erscheinende Person sich wegen eines eigenen juristischen Interesses in den Rechtsstreit einmischt, um mit der einen oder anderen Partei zu streiten und ihr zum Siege zu verhelfen, weil aus dem Unterliegen dieser Partei dem Dritten entweder der Verlust eines Rechtes oder eine Verbindlichkeit zu erwachsen droht.

Streitige Rechtsverhältnisse, bei welchen ein Dritter auf diese Weise betheiliget seyn kann, haben wir bei dem subjectiven Umfang der res judicata kennen gelernt (§. 19.) und zwar:

I. in der Weise, daß die Aburtheilung derselben auch gegen einen Dritten, obwohl er nicht mitgestritten hat, res judicata begründet, so lange diese nicht durch eine Wie-

derherstellungsklage, gestützt auf den Beweis der Gefährde oder Nachlässigkeit des Mitbetheiligten, der den Prozeß allein geführt hat, mit Erfolg angegriffen wurde. (Vergl. §. 1252. Abs. 6. der Proz.-Ordn.). Wir berührten

II. solche Streitverhältnisse, deren Entscheidung zwar eine Vorfrage für Rechte oder Verbindlichkeiten eines Dritten bildet, aber keine **res judicata** gegen diesen begründet, falls er nicht mitgestritten hat.

Um nun in allen diesen Fällen die Wirksamkeit der **res judicata** unanfechtbar auch auf den Dritten übergehen zu lassen, ist die prozessualische Möglichkeit gegeben, daß solche dritte Personen während des Rechtsstreites sich derjenigen Partei, deren Unterliegen auch gegen sie **res judicata** begründen würde oder deren Sieg auch für sie ein rechtliches Interesse hat, als Streitgenossen im weiteren Sinne anschließen.

Es kann dieses insbesondere

ad I. in der ersten Klasse von Fällen unaufgefordert und aus freien Stücken, auch gegen den Willen der betreffenden Hauptpartei und selbst wenn diese den Grund der Mitbetheiligung z. B. das Miteigenthum am dienstbaren Grundstücke bestreiten sollte, geschehen. Ein solcher Beitritt heißt Nebenintervention, und dieselbe findet

ad II. auch in dieser Klasse von Fällen statt, und zwar

A., wo Rechte des Dritten in Frage stehen, ganz auf dieselbe Weise, z. B. wenn über das Eigenthumsrecht an einer Sache gestritten wird, an welcher dem Dritten von einer der Parteien dingliche Rechte eingeräumt worden sind, die nicht bestehen würden, falls der Concedent nicht Eigenthümer gewesen wäre. Nach der Behauptung Keller's l. c. S. 375, v. Vangerow's **I.** S. 200, Heffter's §. 274. 496., gestützt auf **l. 63. de re jud. 42. 1.** (vergl. §. 19.), muß der Dritte in diesen Fällen interveniren, sobald er Kenntniß vom Streite erlangt, widrigenfalls das Urtheil auch gegen ihn **res judicata** bilde. Da jedoch der Kläger, welcher auch den Dritten verurtheilt wissen will, das Recht hat, diesen

als Streitgenossen mitzubelangen, sobald er die Anerkennung des klägerischen Anspruchs aus einem selbstständigen Interesse verweigert, so ist schon darum kein Grund vorhanden, den Dritten gegen seinen Willen zu Gunsten des Klägers zur Nebenintervention indirect zu nöthigen. Die angeführte Stelle spricht solches aber auch gar nicht aus. Sie bedroht den Dritten, der ruhig zusieht, nur dann mit der Wirkung der Rechtskraft, wenn er es ist, cui actio vel defensio primum competit. Dieses ist aber bei dem Nebenintervenienten niemals, sondern nur dann der Fall, wenn derjenige, der blos zur Nebenintervention berechtiget wäre, in der Rolle des Klägers oder des Beklagten als Hauptpartei auftritt, z. B. der Nutznießer bei der rei vindicatio. Wenn in einem solchen Falle der vorzugsweis Legitimirte sich passiv verhält, so erkennt er nach dem Grundsatz „qui non prohibet pro se intervenire, mandare creditur“ l. 60. de R. J. stillschweigend den Ausgang des Rechtsstreits für sich an. Der Umstand, daß die l. 63. den Pfandgläubiger als eine solche Person beispielsweise bezeichnet, cui actio vel defensio primum competit, steht nicht entgegen, da hier offenbar vorausgesetzt wird, daß demselben der juristische Besitz, somit nach l. 16. D. de usucap. 41. 3. und l. 3. §. 15. D. ad exh. 10. 4. auch die actio vel defensio übertragen wurde. Ist endlich

B. der Dritte von einer der Parteien, falls sie unterliegen sollte, mit einer Klage auf Ersatz des dadurch entstandenen Verlustes bedroht, so findet nicht nur ein freiwilliger Beitritt des also Bedrohten statt, sondern es kann ihm die betreffende Partei den Streit verkünden (litis denunciatio), damit er ihr beistehe und das Urtheil, es mag sich nun der Dritte einmischen oder nicht, auch gegen ihn die Rechtskraft beschreite, so daß bei der künftigen Ersatzklage die sie bedingende Vorfrage nicht weiter vom Beklagten in Streit gezogen werden kann.

Bestritten ist nun aber, in wie weit die Partei, welche

im Fall des Unterliegens einen Dritten auf Ersatz belangen will, verpflichtet sey, dem Dritten den Streit zu verkünden und welche Folgen aus der Unterlassung entspringen.

Man muß hier die einzelnen Arten der Rechtsverhältnisse unterscheiden, und zwar

1) die Evictionsfälle. Der Auctor hat vermöge der Gewährleistung für die Existenz und den ruhigen Besitz des übertragenen Rechts insbesondere auch die Verpflichtung, die Führung der Rechtsstreitigkeiten, in welche der Rechtserwerber verwickelt wird, als dessen Defensor zu übernehmen.

Mota quaestione interim non ad pretium restituendum sed ad rem defendendam conveniri potest venditor.

l. 74. §. 2. D. de evict. 21. 2.

Andererseits ist aber auch der Erwerber verpflichtet, dem Auctor den Streit zu verkünden, sonst verliert er seine Klage gegen den Dritten,

l. 53. D. de evict. 21. 2.

l. 8. C. eod. 8. 45.

es sey denn, daß die Streitverkündigung offenbar vergeblich gewesen wäre.

l. 33. §. 1. cit.

l. 11. §. 12. D. de act. emt. et vend. 19. 1.

Nach Art. 1640. des C. civ. hat die unterlassene Verkündung in Evictionsfällen (garantie formelle) nicht schon für sich allein den Verlust der Gewährleistungsklage zur Folge, sondern nur dann, wenn der Rechtsgeber beweist, daß ihm Mittel zur Abwendung der Eviction zu Gebot gestanden. Dieses bestätiget auch der §. 113. der bad. Proz.-Ordn., verfügt aber in §. 114. weiter, daß die Hauptpartei nicht unterlassen dürfe, die gegen das Erkenntniß zulässigen (ordentlichen) Rechtsmittel zu ergreifen, widrigens sie den Regreß wegen nicht erfolgter Streitverkündung unbedingt verliere.

2) Ist Jemand auf Zahlung einer Schuld belangt, die er aus irgend einem Grunde für einen anderen — eigentlichen Schuldner bezahlen soll, so kann er zwar den Streit ver-

künden, verliert aber durch die Unterlassung nicht unbedingt die Rückgriffsklage. Diese Klage ist entweder

a) eine Klage ex jure cesso des befriedigten Gläubigers, also ganz dieselbe, welche der Gläubiger erhoben hat. Hier steht es dem Dritten, wenn er damit belangt wird, frei, alle die Einwendungen gegen die Schuld zu erheben, welche er im Fall der Streitverkündung hätte vorbringen können. Das ergangene Urtheil bildet zwischen ihm und dem früheren Beklagten keine res judicata über die Existenz der Forderung, und da somit seine Einwendungen nicht verloren sind, so hat er auch keinen Grund, die unterlassene Denunziation als Befreiung geltend zu machen. Vgl. C. civ. art. 1251. Oder sie ist

b) eine Klage ex mandato, weil der Verurtheilte auf Geheiß des Dritten für ihn interzedirte. Aus diesem Verhältniß folgt nach l. 29. D. mandati 17. 1., daß der Interzedent und der Hauptschuldner wechselseitig verpflichtet sind, einander von den Vorgängen in Kenntniß zu setzen, durch welche bei dem einen oder anderen auf den Bestand der obligatio eingewirkt wird.

Debet reus promittendi certiorari fidejussorem suum, ne forte ignarus solvat indebitum — dolo proximum est, si fidejussor post solutionem non nunciaverit debitori.

Klagt daher der verurtheilte Interzedent gegen den Hauptschuldner, ohne daß Letzterem der Streit verkündet war, so kann der Letztere der Klage keine Thatsachen entgegenhalten, von welchen er den Bürgen zum etwaigen Gebrauche im Fall einer Klage hätte in Kenntniß setzen sollen, wenn nicht der Interzedent die Einwendung dennoch kannte, und sie ex dolo oder ex errore juris vorzubringen unterlassen hat. l. 29. cit. Der Art. 2031. des C. civ. legt nur dem Bürgen die Verpflichtung auf, den Hauptschuldner zu benachrichtigen, ehe er zahlt oder sich in einen Rechtsstreit einläßt, und wenn dieses nicht geschieht, muß er sich gegen seine Rückgriffsklage alle die Einreden gefallen lassen, die dem Hauptschuldner gegen den Gläubiger zustanden.

c) Beruht die Klage auf Geschäftsführung, so steht dem Beklagten ebenfalls der Vortrag seiner Einreden gegen die Schuld offen, um zu zeigen, daß ein indebitum bezahlt, mithin kein nützliches Geschäft geführt worden sey.

3) Droht einem Dritten deßwegen eine Regreßklage, weil durch seine Gefährde oder Nachlässigkeit in Besorgung der ihm kraft Vertrags oder kraft Gesetzes obliegenden Geschäfte der Regreßkläger in einen Rechtsstreit verwickelt und durch den Verlust desselben beschädiget worden sey, z. B. wenn Beamten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, Vormünder, Mandatare ein Versehen begangen haben, so liegt auch hier genügender Grund zur Nebenintervention und zur Streitverkündung vor, nirgends aber ist die Streitverkündung zur Verbindlichkeit gemacht und das Unterlassen mit dem Verlust der Regreßklage bedroht. Es handelt sich bei diesen Klagen vorzugsweise darum, ob der Beklagte zu erweisen vermag, daß er bei Vornahme des Geschäftes diejenige diligentia angewendet habe, die ihm gesetzlich oblag, und kann er diesen Beweis führen, so hat er für etwaigen Verlust nicht einzustehen, wohl aber im umgekehrten Falle, sofern ein Schaden entstanden ist. Da nun dem Dritten, falls eine Regreßklage erhoben wird, der Beweis der diligentia oder des eigenen Verschuldens des Klägers jedenfalls offen steht, so ist kein Grund vorhanden, diesen Fall zu denjenigen zu zählen, in welchen eine Pflicht zur Denunziation besteht.

Die dritten Personen, welche auf die bisher angegebene Weise freiwillig oder aufgefordert an dem Rechtsstreite Theil nehmen, sind in Bezug auf ihre prozessualischen Handlungen im Allgemeinen wie eigentliche Streitgenossen dessen zu betrachten, dem sie sich anschließen. Sie können alle diejenigen Vertheidigungsmittel vorbringen, zu welchen die Hauptpartei nach der gegenwärtigen Lage des Prozesses selbst berechtiget wäre; doch fällt natürlich der Grund zur Einmischung und somit auch die Befugniß dazu hinweg, wenn entweder

1) in den Fällen, wo es sich um Rechte des Dritten handelt, diese Rechte vom Gegner auch für den Fall seines Sieges anerkannt werden, oder wenn

2) in denjenigen Fällen, wo dem Dritten eine Ersatzklage drohen würde, die Partei, welcher sich der Dritte anschließen will, auf die Ersatzklage ausdrücklich oder stillschweigend verzichtet.

Hiernach ist auch die Stellung des Dritten in beiden Fällen eine etwas verschiedene.

Handelt es sich um Rechte des Dritten, so hat dieser, so lange der Gegner jene Rechte nicht anerkennt, vollkommen die Rechte eines Streitgenossen. Er kann selbstständige Vertheidigungsmittel vorbringen und den Prozeß, auch wenn ihn die Hauptpartei aufgibt, seiner Rechte wegen fortsetzen, weil er durch die Theilnahme am Prozeß auch die Folgen der Entscheidung anerkennt und sein Streitgenosse ihm durch einseitigen Verzicht keine Rechte entziehen kann. Man behauptet indessen — und dieses hat auch die bad. Proz.-Ordn. §. 110. angenommen — daß zur Fortsetzung des Prozesses, falls dieser von der Hauptpartei aufgegeben wird, also z. B. zur Ergreifung von Rechtsmitteln gegen Urtheile, wobei sich die Hauptpartei beruhigen will, die Einwilligung des Gegners nothwendig sey. Jedenfalls aber muß die Versagung dieser Einwilligung mit einem Nachtheil für den Gegner verbunden seyn, sonst würde natürlich die Einwilligung niemals erfolgen, und dieser Nachtheil kann wohl nur darin bestehen, daß der bisher geführte Prozeß und dessen Ausgang dem Nebenintervenienten gegenüber keine Wirkung äußert, d. h. die darin befangene quaestio ihm gegenüber nicht als entschieden gilt. Keineswegs aber läßt sich behaupten, daß dadurch der Gegner des Nebenintervenienten diesem gegenüber auf den Prozeß verzichte und dessen Rechte anerkenne; denn wenn auch zwischen den ursprünglichen Parteien nach vollzogener Litiscontestation der Grundsatz gilt, daß das einseitige Zurücktreten einer Partei dieselben Folgen für sie hat, wie das Unterliegen durch

Urtheil, so hat doch der Nebenintervenient auf die Anwendung dieses Grundsatzes keinen Anspruch, sondern nur darauf, daß in Bezug auf ihn res integra bleibt.

Handelt es sich um Verbindlichkeiten des Dritten gegen diejenige Partei, der er sich anschließt, so hat derselbe wider den Gegner keine selbstständige Stellung, sondern nur die eines Defensors der Hauptpartei, der er sich anschließt. Er kann daher die Hauptpartei nur so lange vertreten, als diese den Streit selbst, oder durch den Dritten fortsetzen will, und die Vertheidigungsmittel, welche letztere zurückweist, finden keine weitere Beachtung, wogegen aber auch für die Regreßklage der Hauptpartei, sobald diese gegen den Willen des Denunziaten handelt, dasselbe Verhältniß eintritt, wie wenn der Streit gar nicht wäre verkündet worden.

§. 25. bb) Hauptintervention.

(M. §. 303. L. §. 111. H. §. 496. 499.)

Das Institut der Hauptintervention hat seinen thatsächlichen Anlaß in der Erscheinung, daß ein Gegenstand, über welchen zwei Personen im Streite begriffen sind, auch von einem Dritten in Anspruch genommen wird, und daß diese mehreren Ansprüche nicht nebeneinander existiren, oder zur Wirksamkeit gelangen können, also im Ausschlußverhältnisse stehen. Es soll nämlich hier dem Dritten erlaubt seyn, sich mit einer neuen, selbstständigen Klage in den anhängigen Rechtsstreit einzumischen, um dadurch seine Rechte zu verfolgen. Diese Intervention unterscheidet sich also von den bisherigen Arten der Einmischung eines Dritten dadurch, daß sie nicht geschieht, um der einen oder anderen Partei beizustehen, sondern um selbst als Partei gegen die bisherigen Streiter (Urparteien) aufzutreten.

Bei der näheren Betrachtung dieses Instituts muß es uns allernächst auffallen, daß die Römer dasselbe nicht gekannt haben, obwohl ihnen natürlich die Veranlassung dazu ebenfalls vorkam, und in dem römischen Rechte auch wirklich

mehrfach von solchen Fällen die Rede ist, welche sich nach der gemeinrechtlichen Praxis und nach neueren Gesetzen zur Hauptintervention eignen. Wir finden vielmehr dieses Institut nur als ein Gebilde der Praxis, bei dem uns ferner auffällt, wie höchst verschieden die Ansichten über die nähere Begründung und Entwicklung desselben sich gestaltet haben. So sind schon die Definitionen äußerst verschieden. Nach Gönner (Handbuch I. 18.) ist die Hauptintervention eine Klage, womit zwei über einen bestimmten Gegenstand rechtende Parteien wegen eben dieses Gegenstandes von einem Dritten in Anspruch genommen werden. Grolmann §. 57. sagt: Eine Hauptintervention sey es, wenn ein Dritter in Ansehung des ganzen oder doch theilweisen Gegenstandes eines anhängigen Rechtsstreites ein eigenes Recht zur Ausschließung der bisherigen Parteien verfolge. Heffter §. 497. nennt Hauptintervention jeden formellen Widerspruch eines Dritten gegen eine seinen Rechten nachtheilige Verhandlung und Entscheidung eines unter anderen Personen anhängigen Rechtsstreites, mit dem allgemeinen Zwecke, diesen Nachtheil zu beseitigen und dagegen sein eigenes Recht durchzusetzen, mindestens vorläufig positiv sicher zu stellen. Der §. 100. der bad. Proz.-Ordn. — im Wesentlichen Martin folgend — bezeichnet die Hauptintervention als eine Klage, womit sich ein Dritter in einen anhängigen Rechtsstreit einmischt, um ein selbstständiges, eine oder beide Hauptparteien gänzlich oder theilweise ausschließendes, mit der Hauptsache in Verbindung stehendes Interesse zu verfolgen, weil ihm ohne diese Einmischung aus der Fortsetzung des Rechtsstreites Nachtheil erwachsen würde. Linde endlich behauptet, es gebe eigentlich gar keine Hauptintervention, sondern das, was man so nenne, sey nichts anderes als eine subjective Klagenhäufung.

Zur Würdigung dieses Instituts, dem ein haltbarer Boden fehlt, nehme man das gewöhnliche, auch der **l. 57. D. de hered. pet. 5. 3.** zum Grunde liegende Beispiel mehrerer Erbschaftsprätendenten. **A** ist **ab intestato** zu einer Erbschaft berufen. **B** aber verlangt diese Erbschaft auf den Grund eines

Testaments. Sodann will **C** die nämliche Verlassenschaft auf den Grund einer vertragsmäßigen Erbeinsetzung, z. B. in einem Heirathsbriefe, in Anspruch nehmen.

Diese drei verschiedenen Ansprüche können nicht nebeneinander zur Befriedigung gelangen. Setzen wir alle drei Rechtstitel als richtig voraus, so würde **B** den **A**, der **C** aber den **B**, und folglich auch den **A** besiegen, nam si vinco vincentem te, vinco te ipsum.

l. 14. §. 3. D. de diu temp. praesc. 44. 3.

Derjenige von diesen Prätendenten, welcher sich im Besitze befindet, muß die Klage der anderen abwarten.

Je nach zufälligen Umständen kann bald der eine, bald der andere im Besitze seyn, und ebenso ist es zufällig, welcher von den beiden Nichtbesitzern zuerst mit einer Klage gegen den Besitzer auftritt.

Gesetzt nun: **A** sey in dem Besitz der Erbschaft, **B** habe zuerst gegen ihn geklagt, und während des Prozesses zwischen diesen beiden wolle sich auch **C** anschicken, seine Rechte zu verfolgen, so ist bei dieser Sachlage

I. so viel außer Zweifel, daß es in dem Belieben des **C** steht, zu warten, bis der Streit zwischen **A** und **B** ausgetragen ist, um sofort denjenigen zu belangen, der Sieger blieb. Es droht ihm daraus, daß er diesem Rechtsstreite einstweilen ruhig zusieht, durchaus kein Rechtsnachtheil; denn er braucht wegen unterlassener Einmischung in den Prozeß das zwischen **A** und **B** ergangene Urtheil in Bezug auf seinen Anspruch nicht als res judicata anzuerkennen.

Es ist dieser Fall wesentlich verschieden von dem früher berührten Falle, wo der Dritte es ist, cui actio vel defensio primum competit, und die **l. 63.** cit. setzt auch diese beiden Fälle einander gegenüber, indem sie in Bezug auf den ersteren sagt: diversa causa est, si fundus a te Titius petierit, quem ego quoque, sed non ex persona Titii ad me pertinere dico, nam quamvis contra Titium, me sciente,

judicatum sit, nullum praejudicium patior, quia neque ex eo jure, quo Titius victus est, vindico, neque potui Titio intercedere, (nach anderer Lesart „interdicere“) quo minus jure suo utatur.

Nur ein factischer Nachtheil ist für den C nach Umständen denkbar, je nachdem A oder B durch seinen Sieg in die freie Disposition über die Erbschaft gelangt, weil z. B. der Sieger das Streitobject außer Landes zu bringen beabsichtiget und sofort im Auslande gegen ihn geklagt werden müßte.

Nicht minder gewiß ist

II, daß der C durch den schon anhängig gewordenen Rechtsstreit nicht gehindert seyn kann, auch seine Rechte zu verfolgen, und er hat zu diesem Zweck seine Klage nach allgemeinen Regeln gegen denjenigen zu richten, der auch sonst der rechte Beklagte ist, nämlich gegen den Besitzer A.

Wenn wir uns nun aber diese zwei Prozesse gegen A über denselben Gegenstand nebeneinander fortlaufend denken, so kann die Folge seyn, daß das Streitobject zuerst dem einen und dann wieder dem anderen der beiden Kläger zuerkannt wird, und daß B und C zunächst zwei Prozesse gegen A führen, und sodann wieder unter sich selbst in einen Rechtsstreit verwickelt werden, weil keiner das Urtheil anzuerkennen braucht, welches der Andere gegen A erwirkt hat. Endlich kann auch dieser letztere sagen, daß er jedenfalls nur einmal die Erbschaft herauszugeben schuldig sey.

Es scheinen daher allerdings die Voraussetzungen vorhanden zu seyn, welche wir oben als Motive der Verbindung mehrerer Prozesse und des exceptionellen Einflusses der einen Sache auf den Gang der anderen kennen gelernt haben, namentlich die Verhütung widersprechender Urtheile und unnützer Vervielfältigung der Prozesse, so daß ein besonderes Institut zur Erreichung jener Zwecke auch bei dieser Sachlage angemessen erscheinen möchte.

Geht man nun von derjenigen Ansicht aus, welche für

die Zuläſſigkeit der Hauptintervention die engſte Gränze zieht, ſo iſt es die bisher dargeſtellte Sachlage, aber auch dieſe allein, in welcher dem dritten, weil er einen ſtärkenen Titel zu haben behauptet als beide Urparteten, erlaubt wird, mit der ſeinem Anſpruch zukommenden Klage die im Streite liegenden Perſonen als Streitgenoſſen zu belangen und zu begehren, daß ihr Streit bis zur Erledigung ſeiner Klage wenigſtens dann ruhen bleibe, ſofern er den Streitgegenſtand ganz und nicht blos theilweiſe z. B. die Hälfte der Erbſchaft, in Anſpruch nimmt, denn bei der blos theilweiſen Ausſchließnng macht auch der Sieg des Dritten die Fortſetzung des Urprozeſſes keineswegs überflüſſig und die Siſtirung deſſelben wäre daher zweckwidrig.

Es ſtehen aber der Hauptintervention ſelbſt in dieſer geringſten Ausdehnung folgende Bedenken entgegen. Wir finden

1) in der, §. 23. wörtlich angeführten l. 8. §. 1. de liber. causa 40. 12. den beſtimmten Ausſpruch, daß in einem ſolchen Fall die Beſorgniß widerſprechender Urtheile keineswegs vorhanden ſey — neque enim timor est, ne varie judicetur; weßhalb die Thatſache, daß zwei verſchiedene Perſonen und zwar jede ausſchließlich das Eigenthum einer Sache in Anſpruch nehmen, kein Grund ſeyn ſoll, die Klagen ad eundem judicem zu verweiſen. Es kann auch in der That Beiden die Sache zugeſprochen werden, ohne daß eines der Urtheile darum als geſetzwidrig betrachtet werden muß. Es kann ſogar der Beklagte nach Umſtänden zweimal zur Herausgabe der Sache reſp. deren Werth angehalten werden, ohne daß ihm ein Unrecht geſchieht, z. B. wenn er beiden Klägern dieſelbe veräußert hat.

2) Aus der oben angeführten Stelle der l. 63. de re judicata ergibt ſich ferner, daß dem Dritten in einem ſolchen Falle kein Recht zuſteht, den anhängigen Prozeß in ſeinem Fortgange zu hindern, alſo zu verlangen, daß dieſer Prozeß ſiſtirt werde. Es iſt auch nicht einzuſehen, was dem C daran

liegen soll, daß der Prozeß zwischen A und B nicht fortgesetzt werde; denn das Urtheil präjudizirt ihm nicht, und nur der Vollzug des Urtheils, nicht aber der Rechtsstreit selbst kann ihm wegen Veränderung des status quo, wie schon bemerkt, einen factischen Nachtheil bringen und sein Interesse verlangt daher höchstens, daß dieser Vollzug bis zur Entscheidung über seine Klage gehindert werde.

Freilich wird oft behauptet, daß schon die Proceßführung zwischen A und B für sich allein eine Rechtsverletzung gegen C enthalte, und daß eben hierdurch C das Recht erlange, gegen jene beiden zugleich aufzutreten, und ihrem Prozeß ein Ende zu machen. Allein nur die Thatsache, daß A besitzt, was dem C gebührt, ist für Letzteren eine Rechtskränkung, nicht aber der Wort- und Federkrieg zwischen A und B, wie dieß schon aus dem allgemeinen Begriffe einer Rechtsverletzung folgt (§. 5.).

Eine ganz andere Frage ist, ob nicht das Gericht oder die Parteien des schon anhängigen Prozesses aus der Erhebung der zweiten Klage des C Veranlassung nehmen sollen, denselben vor der Hand einzustellen, weil dessen Fortführung je nach dem Ausgang der Klage des C als unnütz erscheint.

Zwar redet die l. 63. cit. allerdings von einem Falle, in welchem ein Dritter die eine der streitenden Parteien aus der von ihr angenommenen Stelle verdrängen kann und sogar verdrängen muß, wenn er nicht die res judicata durch stillschweigendes Zusehen anerkennen will; allein es wird dabei vorausgesetzt, daß über das Rechtsverhältniß des Dritten zu der betreffenden Partei kein Streit obwalte, daß er anerkannt derjenige ist, cui actio vel defensio primum competit; denn sobald jeder von ihnen dasselbe Recht in Anspruch nimmt, d. h. jeder der rechte Kläger oder Beklagte seyn will, liegt eo ipso der ihm ausdrücklich entgegengesetzte Fall vor.

3) Da der Dritte in die Lage kommen kann, einmal

gegen **A** und dann wieder gegen **B** zu streiten, so scheint es zur Abschneidung eines Doppelprozesses ein sehr einfaches Auskunftsmittel zu seyn, daß **C** den **A** und **B** als Streitgenossen belangt; denn wenn diese auch unter sich uneinig sind, so haben sie doch das gemeinschaftliche Interesse, daß die Klage des **C** abgewiesen werde.

Wir haben schon oben bei der Nebenintervention gesehen, daß ein Streit über das Recht des Nebenintervenienten zwischen diesem und der Hauptpartei, welcher er sich anschließen will, die Nebenintervention und folgeweise die Bildung einer Streitgenossenschaft nicht hindert.

Der Bildung einer solchen Streitgenossenschaft steht wohl in der Mehrzahl von Fällen auch sonst kein Hinderniß im Wege. Dieses ist aber nur zufällig; denn je nach der Gestalt der Sache erscheint die Streitgenossenschaft als unausführbar, und jedenfalls zeigt sich das eine oder andere erst im Laufe des Prozesses.

Gesetzt der Intestaterbe **A**, der gemeinschaftlich mit dem Testamentserben **B** von dem **C** als Interventionskläger belangt wurde, setzt dem **C** eine Einrede entgegen, welche nicht nur die Klage des **C**, sondern auch die des **B** niederschlägt, z. B. der Erblasser habe wegen Gemüthsschwäche keine gültigen Dispositionen treffen können, so wird sich **B** nicht damit begnügen wollen, daß er an dieser Einrede keinen Antheil nimmt, wie dieses bei der Streitgenossenschaft geschehen kann, sondern er hat allen Grund, sich in Bezug auf diese Einrede dem **A** als Gegner gegenüber zu stellen, und eher dem **C** behülflich zu seyn, um diese Einrede zu beseitigen. Da jedoch **B** nicht zur Hälfte auf der einen und zur Hälfte auf der anderen Seite streiten kann, so läßt sich diese Verwicklung nicht anders als durch Trennung der Prozesse lösen, womit sodann wenigstens der Zweck der Hauptintervention verfehlt ist, aus zwei Prozessen einen zu machen.

Die Möglichkeit solcher Erscheinungen zeigt also, daß die Bildung einer Streitgenossenschaft als eine allgemeine Regel

hier nicht durchgeführt werden, und daß somit das Prinzip der Hauptintervention nicht richtig seyn kann.

Wenn nun nach den bisherigen Bemerkungen weder die Besorgniß widersprechender Urtheile die gemeinschaftliche Verhandlung, welche durch die Hauptintervention begünstiget werden soll, rechtfertiget, noch die Bildung einer Streitgenossenschaft zur Abkürzung und Verminderung der Prozesse in allen den Fällen, welche sich nach der gewöhnlichen Lehre zur Hauptintervention eignen, ausführbar ist, wenn es endlich dem Dritten ganz gleichgültig seyn kann, ob der Urprozeß fortgesetzt und wie er entschieden wird, so könnte es sich

4) nur noch fragen, ob die Hauptintervention zu dem Zwecke nöthig sey, um die etwaigen nachtheiligen Folgen der Exekution des zuerst ergangenen Urtheils abzuwenden. Es wird nämlich dadurch der status quo verändert, und es ist, wie oben bemerkt, möglich, daß die Rechtsverfolgung eben deßhalb erschwert wird. Da es nun von zufälligen Umständen abhängt, welcher Prozeß zuerst seine Erledigung erhält, der des Urklägers oder der des Intervenienten, so kann der eine, wie der andere in den Fall kommen, sich gegen die nachtheiligen Folgen zu verwahren. Sodann hat aber auch derjenige, welcher mit zwei Klagen auf dasselbe Object belangt ist, ein wesentliches Interesse dabei, daß er nicht zweimal zur Leistung angehalten werde, sofern er überhaupt nicht beiden, sondern nur dem einen oder anderen zu leisten schuldig ist.

Alle diese Interessen wurden nun im römischen Rechte ganz einfach durch die cautio defensum iri ausgeglichen, welche Sicherheit derjenige bestellen mußte, der zuerst in den Besitz des Streitgegenstandes kam, sey es durch Urtheil oder durch freiwillige Abtretung des Beklagten. Das Nähere hierüber ist trefflich dargestellt in

Heise und Cropp civ. Abhandlungen I. Bd.

Nach dem heutigen Prozeßrechte kann aber derselbe Zweck durch provisorische Verfügungen, Arrestbefehle und selbst durch die Litigiosität des Streitobjects allein erreicht werden, wenn

wirklich eine Gefahr droht. Die Hauptintervention ist also auch aus diesem Grunde nicht nothwendig.

Dennoch wird diese Intervention häufig noch über die bisher angenommene Grenze ausgedehnt und in vielen anderen Fällen zugelassen, wo eine der bisherigen Voraussetzungen fehlt nämlich: daß der Dritte dasselbe Recht, welches bereits streitig ist, in Anspruch nimmt, und daß sein Titel beide Urparteien auszuschließen geeignet ist. Hinsichtlich dieser weiteren Ausdehnung sind namentlich folgende Fälle hervorzuheben.

a) Nach der oben angenommenen Sachlage will es der Zufall, daß **B** zuerst gegen **A** geklagt hat, und daß jetzt erst **C** mit seiner Klage hervortritt. Es kann aber auch umgekehrt **C** zuerst geklagt haben und sofort **B** sein Recht verfolgen wollen. Wenn man nun da, wo der **B** zuerst geklagt hat, den Satz aufstellt, daß dieser **B**, ungeachtet er **prior tempore** ist, warten müsse, bis über den Anspruch des **C** ein Urtheil vorliegt, so wäre wohl nichts konsequenter, als daß man in dem umgekehrten Falle, wo der **B** mit seiner Klage hintendrein kommt, diese Klage gar nicht zuläßt, bis der **C** sein Urtheil hat. Dennoch lassen Viele auch hier eine Interventionsklage des **B** zu, weil er wenigstens den Beklagten ausschließe. Sie versagen nur dieser Interventionsklage den Effect der Hemmung des Urprozesses. So auch die badische Proz.-Ordn. Abgesehen davon, daß hier für die Klage des **B** die Voraussetzungen fehlen, um **A** und **C** als Streitgenossen zu belangen, liegt die Inkonsequenz dieser Prozedur im Vergleich mit der im umgekehrten Falle wohl außer Zweifel. Wieder Andere lassen die Intervention dann zu, wenn der Dritte zwar nicht beide Parteien, wohl aber den Kläger ausschließt. Sie würden sie also in dem zuletzt gesetzten Falle verwerfen. Würde es aber der Zufall fügen, daß **C** im Besitz wäre, und daß der **A** zuerst gegen ihn geklagt hätte, so würden sie eine Intervention des **B** für zulässig halten!

b) Unter den sehr häufig angeführten Beispielen der Zulässigkeit einer Hauptintervention findet, man eine weitere Klasse, bei der es an einer Identität des Streitgegenstandes fehlt.

Es ist oben bei der Nebenintervention als Beispiel angeführt worden, daß im Falle einer rei vindicatio ein Dritter, C, sich dem Beklagten, B, als Nebenintervenient anschließen dürfe, falls er Rechte an dem vindizirten Gegenstand zu haben behaupte, welche durch den Sieg des Vindikanten bedroht sind und es wurde dabei bemerkt, daß auch dann, wenn der Beklagte die Rechte des Dritten bestreite, die Nebenintervention nicht ausgeschlossen sei. Wenn nun zufällig zwischen C und B zuerst ein Rechtsstreit über jenen Anspruch ausgebrochen ist und während dieses Prozesses der Vindikant auftritt, so will man dessen Klage als eine Heuptintervention behandeln. Es kann jedoch der zufällige Umstand, daß schon ein Streit über den dinglichen Anspruch zwischen C und B existirt, an der inneren Natur der Sache nichts ändern. Es steht auch hier dem C frei, sich als Nebenintervenient an B anzuschließen, und eine richtige Prozeßleitung wird es angemessen finden, den Streit zwischen C und B zu sistiren, bis über die Vindikation entschieden ist. Dagegen hat der Vindikant kein Interesse, diese Sistirung zu begehren oder sich zu seinem Vortheile in den anhängigen Prozeß einzumischen und zwar um so weniger, als es sich in beiden Prozessen um ganz verschiedene Rechte handelt.

Aehnlich verhält sich die Sache, wenn zwischen zwei Parteien, die sich über ein Recht streiten, incidenter ein weiteres Rechtsverhältniß zur Sprache kommt, von dessen Daseyn die **legitimatio ad causam** der einen oder anderen Partei abhängt, und es wird nun die Existenz dieses Rechtsverhältnisses durch die Klage eines Dritten in Frage gestellt (§. 21.). Z. B. A erhebt als Besitzer eines Grundstücks die actio confessoria gegen B. C tritt nun mit einer Vindicationsklage gegen A auf, um das herrschende Grundstück als sein Eigenthum anzusprechen, oder

umgekehrt: C vindizirt das angeblich dienende Grundstück. Sind die Ansprüche des C begründet, so fehlt es dem A resp. B an der legitimatio ad causam und es soll deßwegen C zur Hauptintervention berechtiget seyn. Daß hier in jedem der beiden Prozesse über einen anderen Gegenstand gestritten wird, ist von selbst klar; denn nicht das Eigenthum macht in dem Prozesse zwischen A und B das Streitobject aus, sondern eine Servitut.

Der Vindicationsstreit ist also nicht für die Existenz der Servitut, sondern nur für die legitimatio ad causam präjudiziell, es sey denn, daß die Servitut von einem der Eigenthumsprätendenten, als dem Auctor, abgeleitet wird, in welchem Falle aber, wie schon oben gezeigt, die Nebenintervention für denjenigen begründet ist, der die Servitut anspricht. Ist dagegen nur die Sachlegitimation in Frage gestellt, so hat der Gegner dessen, der das Vindicationsobject besitzt, gar kein rechtliches Interesse am Ausgange des Rechtsstreits; denn es kann sich dadurch nur die Person seines Gegners ändern. Eben so gleichgültig kann es anderer Seits dem Vindikanten seyn, ob der Servitutenprozeß zwischen A und B fortgesetzt wird oder nicht; denn das Urtheil darüber wirkt doch nie gegen ihn. Dagegen fordert eine vernünftige Prozeßleitung, den Servitutenproceß bis zur Erledigung der Vindicationsklage zu sistiren, wie er denn auch in dem Falle sistirt würde, wenn z. B. der Confessorienbeklagte selbst es wäre, welcher gegen den Confessorienkläger die rei vindicatio auf Abtretung des angeblich herrschenden Grundstücks erhebt.

Nach all' diesem hat der Dritte, durch dessen Klage die legitimatio ad causam in einem anderen Rechtsstreite in Zweifel gestellt wird, gar keinen Grund, sich in den anhängigen Rechtsstreit einzudrängen und zu diesem Zweck als Hauptintervenient aufzutreten. Es ist daher gefehlt, diese Klasse von Prozeßerscheinungen in das Gebiet der Intervention hereinzuziehen, sofern man die Intervention überhaupt als ein Recht des Intervenienten betrachtet.

Es wird

c) da, wo die Intervention angenommen ist, die weitere Frage aufgeworfen, ob dieselbe auch noch in der Exekutionsinstanz eintreten könne? Hier sind folgende zwei Fälle zu unterscheiden. Entweder war

α) das Recht, welches durch die Klage des Dritten ausgeschlossen werden soll, der Gegenstand des entschiedenen Prozesses. In diesem Falle ist nicht leicht zu begreifen, wie man sich in einen Streit einmischen soll, der gar nicht mehr existirt, sondern durch ein rechtskräftiges Urtheil erlediget ist. Man kann nur denjenigen belangen, der nach dem Ergebniß dieses Prozesses als der rechte Beklagte erscheint. Oder es wird

β) erst in der Exekutionsinstanz zur Befriedigung einer Geldforderung auf einen bestimmten Gegenstand gegriffen, woran ein Dritter solche Rechte zu haben behauptet, die eine Veräußerung desselben zum Vortheil des betreibenden Gläubigers nicht zulassen. Wie es in diesem letzteren Falle zu halten sey, wird seiner Zeit in der Lehre vom Exekutionsverfahren dargestellt werden. (Vgl. §. 1072 ff. der bad. Proz.-Ordn.)

d) Einen weiteren Beweis über die Verwirrung in dieser Materie liefert endlich noch der Streit über solche Fälle, die man als eine gemischte d. h. theils accessorische theils Hauptintervention darstellen will. Es werden dafür allerlei Beispiele angeführt, denen sogar häufig eine ganz unrichtige Beurtheilung der civilrechtlichen Ansprüche oder Klagerechte des Dritten zum Grunde liegt. Wenn nämlich ein Dritter, der nach den bisher angeführten Theorieen als Hauptintervenient auftreten könnte, sich damit begnügen will, der einen oder anderen Partei auf den Grund seiner Rechte als Nebenintervenient beizutreten, d. h. wenn er seine Rechte nicht dazu benutzen will, eine Klage zu erheben, sondern nur dazu, um die Ansprüche einer der Urparteien als unbegründet darzustellen oder die Realisirung derselben gegenüber von der anderen Urpartei zu vereiteln, so nennt man dieses eine ge-

mischte Intervention. Wenigstens scheint dieses der Sinn derjenigen zu seyn, welche eine solche Intervention vertheidigen. Als Beispiel führt man unter anderen an: Der Nutznießer verpfändet die Sache, als ob er Eigenthümer wäre. Der Pfandgläubiger klagt und verlangt den Verkauf des Pfandobjects. Nun kommt der wahre Eigenthümer und macht Einwendungen gegen die Veräußerung wegen Ungültigkeit der Verpfändung. Offenbar liegt hier nichts anderes vor als eine Einsprache gegen die Exekution, die nach besonderen Regeln beurtheilt werden muß.

Ebenso ist es bei einem anderen Beispiele, wo ein Dritter als besserer Pfandgläubiger Einsprache erhebt. Eine solche Einsprache kann einen Konkurs herbeiführen, wenn keine anderen Exekutionsmittel vorhanden sind. Sind aber solche da, so wird es dem Kläger gleichgültig seyn, ob er durch den Verkauf dieser oder jener Sache bezahlt wird.

Ganz unstatthaft aber wäre es, wenn man z. B. in obigem Erbschaftsprozesse dem **C** erlauben wollte, in dem Processe zwischen **A** und **B** dem letzteren die **exceptio** entgegenzuhalten, daß er — **C** — ein stärkeres Recht habe, deßhalb jedoch nur die A b w e i s u n g des **B** fordere. Zwar kann jeder, der eine Klage hat, sie in der Regel auch als **exceptio** benutzen, aber nur in einem eigenen Prozesse. In einem fremden Prozesse bleibt sie stets eine **exceptio de jure tertii**, wenn sie auch mit Bewilligung des Dritten opponirt wird. Dieses stärkere Recht kann nur als Grund zu einer wahren Nebenintervention benutzt werden, um solche Einwendungen vorzubringen, die auch ohne diese Einmischung der Urpartei zustehen würden.

Das Resultat dieser Betrachtungen über die Hauptintervention ist also dieses: daß ein solches Institut, obwohl es durch die Praxis und neuere Gesetze adoptirt wurde, doch keine gesetzliche Basis im gemeinen Rechte hat, und daß die Vortheile, die man demselben zuschreibt, theils von der zufälligen Lage der Sache abhängen, somit problematisch sind, theils auf anderem Wege erreicht werden können. Man kann

die vielen Streitfragen und Verwicklungen, zu welchen jenes Institut Anlaß gibt, statt daß es die Prozesse vereinfacht, nicht besser beseitigen, als daß man die Sache auf ihren ursprünglichen natürlichen Stand zurückführt, d. h. demjenigen, der eine Hauptintervention haben soll, überläßt, seine Klage anzustellen, als ob noch kein Prozeß anhängig wäre, und daß man sofort den Einfluß dieser zweiten Klage auf die erste nach den allgemeinen Prozeßregeln beurtheilt; daß man insbesondere auch in denjenigen Fällen, wo der Vereinigung der Urparteien zu einer Streitgenossenschaft kein in der Sache liegendes Hinderniß entgegensteht, der Urpartei, welche von dem Dritten nicht mitbelangt wurde, überläßt, sich als Nebenintervenient der anderen Partei anzuschließen, um gemeinschaftlich mit ihr gegen den Dritten zu kämpfen.

Ist jedoch die Hauptintervention durch Praxis oder neuere Gesetze fest eingewurzelt, und zwar namentlich in der Ausdehnung, wie in der bad. Proz.-Ordn., so bleibt bei der Behandlung dieses inkonsequenten Instituts das Meiste der Gewandtheit des Praktikers überlassen; denn es kann unmöglich gelingen, feste und überall anwendbare Regeln darüber aufzustellen.

§. 26. cc) Adzitation — Beiladung.

(M. §. 306. L. §. 113. H. §. 500.)

Die gemeinrechtliche Praxis hat es lange Zeit für recht und zweckmäßig erachtet, daß der Richter da, wo sich aus den Acten ergibt, daß eine materielle Connexität zwischen dem anhängigen Streite und Rechten oder Verbindlichkeiten eines Dritten besteht, diesen Dritten selbst von Amtswegen herbeirufen dürfe, um an dem Streite Theil zu nehmen. Man glaubte hiebei im Sinne der in

l. 21. D. de rebus cred. 12. 1.

enthaltenen Regel „ad officium judicis pertinet, lites diminuere“ zu handeln. Wenn aber auch der Richter verpflichtet ist, Alles zu begünstigen, was zu diesem Zwecke bei-

tragen kann, so darf er doch die Verhandlungsmaxime dabei nicht verletzen und insbesondere Niemanden zur Verfolgung seiner Rechte nöthigen. Man ist deßhalb von dieser Adcitatio abgekommen, und wo sie in einigen Fällen noch als zweckmäßig empfohlen wird, scheint man zu übersehen, welche Ungerechtigkeiten daraus entstehen können, vergl. z. B.

Bolley Entwurf einer würtemberg. Proz.O. I. 156.

Auch die bad. Proz.O. (§. 118.) hat sie abgeschafft, dabei aber einige Ausnahmen beibehalten, z. B. in §. 150. und §. 156[a] (Novelle von 1837). Das franz. Civilrecht schreibt eine solche Adzitation speziell vor in Prozessen über den Familienstand, damit zwischen den mehreren Betheiligten widersprechende Urtheile vermieden werden (art. 99.). Auch Linde verwirft die Adzitation, macht aber am Schlusse des §. 113. eine Bemerkung, welche wörtlich in den §. 118. der bad. Proz.O. übergegangen ist, und in der Anwendung schon sehr viele Zweifel und Bedenklichkeiten erregt hat. Der Grund dieser Zweifel rührt hauptsächlich daher, daß man diese Beiladung ihrem Prinzip nach mit den bisherigen Arten der Einmischung eines Dritten in einen anhängigen Prozeß in Verbindung setzt und eine weitere Species einer solchen Einmischung darin finden will. Dazu gibt allerdings die Stellung des §. 118 Anlaß; allein diese Beiladung hat mit den bisherigen Instituten ebensowenig eine materielle Verbindung, als die Vorladung eines Zeugen, wodurch ebenfalls eine dritte Person in dem Prozeß thätig wird. Sie hängt vielmehr mit der Lehre vom Geständniß, insbesondere mit der Frage zusammen, in welchen Fällen ein Dritter ein, für die eine oder andere Partei bindendes Geständniß ablegen könne, und es muß daher die nähere Entwicklung bis zu der Lehre vom gerichtlichen Geständniß verschoben werden.

§. 27. C) Zusammenhang bürgerlicher Prozeßsachen mit Straf- und Verwaltungssachen.

(M. §. 22. L. §. 48. 58. H. §. 98.)

Es ist bisher gezeigt worden, nach welchem Prinzip die

Mehrheit von Streitfragen oder Streitpunkten die über dasselbe Rechtsverhältniß im Rechtsstreit zur Sprache kommen, zu behandeln ist, und sodann ferner, welchen Einfluß der Zusammenhang mehrerer Rechtsverhältnisse auf die Prozedur ausübt. Es wurde dabei vorausgesetzt, daß die also konkurrirenden Sachen sich sämmtlich zur Erledigung vor den bürgerlichen Gerichten eignen, und es ist später nur noch die Frage zu erörtern, welchen Einfluß jener Zusammenhang auf die Zuständigkeit dieses oder jenes der mehrfach vorhandenen bürgerlichen Gerichte habe. Es können nun aber mit einem bürgerlichen Prozesse auch solche Rechtssachen zusammenhängen, die sich gar nicht zur Erledigung durch die bürgerlichen Gerichte eignen, aber dennoch von Einfluß auf die Entscheidung des civilrechtlichen Punktes sind, oder es kann ein Rechtsverhältniß, beziehungsweise ein Vorgang sowohl für die Cognition der bürgerlichen Gerichte, als auch für die Thätigkeit anderer Behörden Stoff darbieten. So kann

1) eine Handlung wegen ihrer Strafbarkeit das Einschreiten der Criminalgerichte veranlassen. Weil sie aber den Verletzten in vermögensrechtlicher Beziehung beschädiget, bietet sie diesem Stoff zu einer civilrechtlichen Klage, deren Austrag nach obigen Grundsätzen Sache der bürgerlichen Gerichte ist.

2) Bei der Beurtheilung von Beweisen im Civilprozesse können sich Fragen ergeben, die einen criminalrechtlichen Charakter haben, z. B. wegen Fälschung, Meineid. Endlich können

3) Rechte und Pflichten, über deren Existenz oder Nichtexistenz nur die Verwaltungsbehörden zu verfügen oder zu entscheiden haben, für die Beurtheilung eines bürgerlichen Streits von Bedeutung und Einfluß seyn, namentlich wo eine Administrativ-Justiz besteht.

Es liegt nun außer Zweifel, daß der bürgerliche Richter durch den Inhalt seines Urtheils das Gebiet nicht überschreiten darf, welches den Civilgerichten zugewiesen ist. Er darf keine Straferkenntnisse erlassen und auch keine den Verwaltungsbehörden zugewiesenen Rechtsangelegenheiten in seinen Urtheilen und Verfügungen erledigen.

Ebensowenig darf er dasjenige, was andere Behörden innerhalb ihres Gebietes verfügt und entschieden haben, durch sein Urtheil wieder aufheben, und dieses gilt dann auch umgekehrt von den Criminal= und Verwaltungsbehörden. Es würde sonst eine allgemeine Verwirrung entstehen, die mit dem Zwecke der Scheidung im directen Widerspruch stünde.

Die Gesetze machen hievon nur die Ausnahme, daß dem Criminalrichter die Befugniß eingeräumt ist, auf Verlangen desjenigen, der durch ein Verbrechen beschädiget ist, im Criminalverfahren auch über diese Entschädigung zu erkennen. In dieser Beziehung ist also der Criminalrichter ausnahmsweise auch für eine bürgerliche Klage kompetent erklärt.

Art. 198. der Carolina. §. 19. des bad. Straf=Edicts. §. 328 ff. des neuen bad. Strafprozesses.

Im Uebrigen fragt es sich

I. in Bezug auf den Zusammenhang zwischen Civil= und Criminalsachen:

1) ob der Civilrichter das Criminalurtheil, d. h. die Entscheidung des Criminalrichters, daß der Angeschuldigte ein Verbrechen begangen habe oder nicht, als **res judicata** ansehen müsse, soweit diese Voraussetzung für die Beurtheilung des bürgerlichen Streites von Erheblichkeit ist.

Soviel ist hier unbestritten, daß ein freisprechendes Urtheil des Strafgerichts denjenigen, der aus der betreffenden Handlung, welche den Gegenstand der Untersuchung und des Urtheils ausmachte, civilrechtliche Folgen ableiten will, an der Geltendmachung derselben vor dem bürgerlichen Richter nicht hindert, und daß folgeweise der Civilrichter bei der Beurtheilng derselben an das lossprechende Straferkenntniß nicht gebunden ist, es sey denn, daß die civilrechtlichen Folgen ausdrücklich an die Voraussetzung geknüpft sind, daß ein verurtheilendes Erkenntniß im Strafverfahren ergangen sey, z. B. die Restitution wegen Meineid bei einem zugeschobenen Eide.

Man behauptet aber auch umgekehrt, daß der Ausspruch des Strafgerichts, daß Jemand ein Verbrechen begangen habe,

für den Civilrichter keine Rechtswahrheit sey, sondern daß er, wenn diese Thatsache bei ihm bestritten werde, die Wahrheit derselben nach den Regeln des bürgerlichen Beweises wiederholt zu prüfen habe.

Diese Behauptung widerspricht so sehr einem gesunden Rechtssinn, daß sie in keinen neueren Gesetzen Eingang gefunden hat, sondern daß überall das Gegentheil bestimmt wurde.

Vgl. z. B. §. 18 des bad. Gesetzes über die privatrechtlichen Folgen der Verbrechen.

Jene Ansicht muß aber auch gemeinrechtlich verworfen werden. Wir haben keine gesetzliche Bestimmung, welche auch nur analog für jene Meinung spricht, obwohl viele Stellen dafür angeführt werden, und die Bestimmungen über die Rechtskraft der Civilurtheile können hier ebenfalls keine Anwendung finden, vielmehr rechtfertiget sich das Gegentheil aus folgendem Gesichtspunkte. Wenn der Beschädigte sich dem Criminalverfahren anschließt und dadurch die Competenz des Strafgerichts über den Civilpunkt begründet, so wird man wohl nicht bezweifeln, daß das Strafgericht sein verurtheilendes Straferkenntniß, ohne weitere Prüfung seiner Wahrheit nach civilprozessualischen Beweisregeln, dem Civilpunkt zum Grunde legen darf, und nach dem Zwecke des Gesetzes sogar zum Grunde legen muß, denn es wäre höchst widersinnig, wenn dasselbe Gericht die That in Ansehung der Strafe für erwiesen, in Ansehung der Entschädigung aber für nicht erwiesen erklären würde. Wenn nun aber in diesem Falle das Straferkenntniß für den Beschädigten als **res judicata** zur Rechtfertigung seiner Ansprüche dient, so muß es ihm auch dann hiezu dienen, wenn er von der Adhäsion keinen Gebrauch macht. Die Anschließung verleiht dem Anschließenden nicht mehr Rechte auf das Erkenntniß, soweit es ein Straferkenntniß ist, als er sonst darauf hat. Sie ist nur ein Akt, wodurch ein Wahlrecht in der Competenz mehrerer Richter ausgeübt wird, und diese Wahl des Klägers kann offenbar die materielle Frage nicht bedingen, ob der ge-

wählte Richter die Rechtskraft eines ergangenen Urtheils anerkennen müsse, vielmehr haben die Gesetze dadurch, daß sie bei der Adhäsion den Beweis der That durch das Straferkenntniß als geführt erachten, deutlich ausgesprochen, daß eine solche Beweiskraft überhaupt und für jeden Civilrichter bestehe.

Vergl. Henke Strafrecht IV. B. S. 220.

Hieraus folgt nun auch

2) daß eine Klage wegen des Civilpunktes vor dem Civilrichter nicht eher verfolgt werden kann, als bis das vor dem Criminalrichter anhängige Strafverfahren durch Urtheil erlediget ist.

(B. Proz.=O. §. 455. 569.)

II. Haben die Verwaltungsbehörden in den Gränzen ihrer Competenz etwas verfügt und ausgesprochen, was sofort auf eine Civilsache Einfluß gewinnt, so müssen die Gerichte diese Verfügung als rechtmäßig ergangen betrachten und können sie nicht direct oder indirect aufheben, so wenig als bei koordinirten Gerichten das eine die Entscheidungen des anderen aufheben kann.

Kommt ein Verhältniß, welches, als Hauptgegenstand der Erörterung und Entscheidung gedacht, zur Erledigung im Verwaltungswege sich eignet, *incidenter* bei einem Rechtsstreit in Frage, ohne daß hierüber im Verwaltungswege entschieden ist, so ist es Sache der Gerichte, dasselbe nach den bestehenden Gesetzen, wenn diese auch dem öffentlichen Recht angehören, zu beurtheilen und sofort die damit in Verbindung stehende Civilsache, aber auch nur diese, zu entscheiden, z. B. es kommt bei einer aus dem Einsturz einer Brücke abgeleiteten Entschädigungsforderung die Frage zur Sprache, wer kraft öffentlichen Rechts die Verbindlichkeit hatte, die Brücke zu unterhalten, um darnach entscheiden zu können, wer für die Folgen der nachlässigen Erfüllung dieser Pflicht einstehen müsse.

Endlich ist schon oben §. 6. berührt worden, wie es sich

bei der Verwaltungsjustiz ereignen kann, daß über ein und dasselbe Rechtsverhältniß theilweise die Verwaltungsbehörden, theilweise die Gerichte zu erkennen haben. Wenn z. B. eine Steuerschuldigkeit bestritten und zugleich die Einrede der Zahlung vorgeschützt wird, so haben über die erstere die betreffenden Verwaltungsbehörden, über die letztere aber die Gerichte zu erkennen.

§. 28. IV. Aeußere Form des Verfahrens.

1) Schriftlichkeit und Mündlichkeit.

M. §. 18. L. §. 145. H. §. 192 ff.

Nach den Vorschriften des gemeinen Prozesses wird alles, was im Verfahren vorgeht, niedergeschrieben, sowohl die Vorträge der Parteien, als auch die Wahrnehmungen und Beschlüsse des Gerichts und die Vorträge der Referenten bei Collegialgerichten. Die hierdurch sich ergebenden Schriften werden in chronologischer Ordnung gesammelt, resp. zusammengeheftet und bilden die Prozeßakten. Was nicht schriftlich zu diesen Akten gekommen ist, gilt bei der Würdigung der Sache als gar nicht vorhanden, und eine richterliche Verfügung, die nicht niedergeschrieben, sondern ohne Aufzeichnung erlassen und verkündet worden wäre, ist als gar nicht gegeben anzusehen — **nec nomen quidem sententiae meretur. l. 3. C. de sent. 7. 44.**

Dennoch unterscheidet man zwischen einem schriftlichen und mündlichen Verfahren. Als das erstere gilt dasjenige, in welchem die Parteien oder ihre Vertreter ihre Vorträge selbst niederschreiben und sie sofort dem Gerichte überreichen, während sie bei dem letzteren persönlich vor Gericht erscheinen und ihre Erklärungen mündlich abgeben, welche sofort von dem Gerichte niedergeschrieben (protokollirt) werden.

Man nennt dieses mündliche Verfahren besser das „protokollarisch-schriftliche.“

Auch die badische Prozeßordnung unterscheidet in diesem Sinn

zwischen einem schriftlichen und mündlichen Verfahren. §. 350. 675. Einzelne mündliche Vorträge werden aber selbst vom Gerichte nicht aufgezeichnet, nämlich die Rechtsausführungen, die am Schlusse des Vorbringens der Thatsachen und Beweise stattfinden, um das Gesetz auf dieselben anzuwenden. Ebensowenig die Vorträge der Referenten in Collegialgerichten §. 333 ff. §. 1121 ff.

In Bezug auf das faktische Material gilt aber auch hier der Grundsatz: „quod non est in actis, non est in mundo.“ §. 1118.

§. 29. 2) Oeffentlichkeit.

(M. Vorrede V. L. §. 146. H §. 192 ff.)

Nach dem gemeinen deutschen Prozesse ist das Verfahren in dem Sinn öffentlich, daß jede Partei von demjenigen, was nicht von ihr selbst, sondern vom Gericht oder der Gegenpartei geschieht, entweder durch Anwohnen bei dem Vorgange, oder durch abschriftliche Mittheilung dessen, was zu den Akten gekommen ist, Kenntniß erhält, und daß es jeder Partei freisteht, die Gerichtsakten einzusehen.

Neuere Gesetze und insbesondere auch die bad. Prozeßordnung kennen außerdem eine Oeffentlichkeit in dem Sinne, daß Jedermann den Verhandlungen des Gerichts, welche in Gegenwart der Parteien vor sich gehen, als Zuschauer anwohnen kann. §. 1097—1099.

§. 30. Rechtliche Natur der Prozeßgesetze. Nichtigkeiten.

(M. §. 11 ff. L. §. 39 ff. H. §. 187. 473 ff.)

Die Prozeßgesetze bestimmen:

1) wer bei dem gerichtlichen Verfahren mitwirken muß, oder mitwirken darf,

2) welche Voraussetzungen und Eigenschaften in Ansehung des handelnden Personals nöthig sind, damit dasselbe rechtsgültig handeln kann,

3) welche Handlungen im Prozesse vorgenommen werden müssen, beziehungsweise vorgenommen werden dürfen,

4) wie diese einzelnen Handlungen nach Form und Zeit eingerichtet werden müssen.

Es liegt nicht nur im Interesse der Parteien, sondern auch im öffentlichen Interesse, daß

a) die Gerichte nur dann eine Thätigkeit entwickeln, wenn dieselbe zu einem rechtsbeständigen Resultate führen kann, d. h. wenn die Voraussetzungen vorhanden sind, welche das Gesetz erfordert, um auf die Verhandlung und Entscheidung eines Rechtsstreites eingehen zu können,

b) daß sofort diejenigen Handlungen und zwar in gesetzmäßiger Form vorgenommen werden, welche nöthig sind, um die Parteien genügend zu hören und den Richter in den Stand zu setzen, ein gerechtes Urtheil zu fällen.

Im Allgemeinen gilt daher der Grundsatz, daß es nicht in der Willkür der Parteien steht, durch Uebereinkunft diese Gesetze abzuändern und an deren Stelle ein Conventionalverfahren in Antrag zu bringen.

Non jurisdictionis mutare formam vel juri publico derogare cuiquam permissum est l. 13. C. de test. 6. 23. Actionum modus vel lege vel per Praetorem introductus privatorum pactionibus non infirmatur. In diesem Sinn gehören daher die prozeßrechtlichen Bestimmungen dem öffentlichen Recht an. Doch fehlt es auch nicht an Bestimmungen, welche durch die Parteien abgeändert werden können, und von selbst versteht es sich, daß jede Partei auf die Rechte verzichten kann, welche ihr die Prozeßgesetze verleihen. Eine nähere Erörterung der Frage, inwieweit die Uebereinkunft der Parteien eine Abänderung im Verfahren bewirken kann, ist einestheils nicht sehr praktisch, weil derartige Conventionen bei streitenden Parteien selten vorkommen, anderntheils wird dieser Punkt zweckmäßiger bei einzelnen Gelegenheiten berührt werden.

Um so wichtiger ist aber die Frage, welche Folgen aus der

Uebertretung gebietender Prozeßgesetze entspringen. Dieselbe wird in Bezug auf die Handlungen der Parteien, soweit sie nämlich gebotene Handlungen unterlassen, oder die gehörige Form nicht beobachten, später, insbesondere in der Lehre vom Ungehorsam ihre Erörterung finden. Wenn dagegen das Richteramt in der Verhandlung oder in der Entscheidung eines Prozesses einen Fehler begeht, so ist es, wie schon §. 7 bemerkt, eine Forderung des Rechts, daß der Partei, welche unterlegen ist, Mittel zur Seite stehen, die richterliche Thätigkeit anzufechten, während es jedoch andererseits eben so nöthig ist, daß dieser Befugniß gewisse Grenzen gesetzt werden.

Die Fehler und Mängel der richterlichen Thätigkeit, beziehungsweise die Gründe, aus welchen man sich dagegen beschweren kann, zerfallen in zwei Hauptklassen. Je nachdem die erhobene Beschwerde in die eine oder andere Klasse gehört, ist

1) die Art und Weise, wie das Mangelhafte beseitigt und der Beschwerde abgeholfen wird, eine verschiedene, und es gibt

2) verschiedene Formen, jene Abhülfe zu begehren oder die Beschwerden geltend zu machen (Rechtsmittel).

Ein vorliegendes Erkenntniß des Richters kann nämlich

1. aus dem Grunde angefochten werden, weil es auf einer unrichtigen juristischen Beurtheilung des vorgetragenen Streitverhältnisses beruhen, und weil es eben darum gegen die dasselbe angreifende Partei ungerecht seyn soll, **sententia iniqua, injusta.** Der Beschwerdeführer bezweckt also, daß der Inhalt des Urtheils dahin abgeändert werde, daß er als der siegende Theil erscheint. Ist diese Iniquitätsbeschwerde begründet, so wird ihr auch von dem Richter, der über dieselbe zu erkennen hat, auf die Weise abgeholfen, daß er an die Stelle des von ihm als ungerecht anerkannten Urtheils ein anderes setzt, welches den Streitpunkt zum Vortheil des Beschwerten entscheidet, **Reformatio sententiae.**

Die Beschwerde kann

II. darin bestehen, daß das Urtheil, welches von dem unterliegenden Theile angefochten wird, darum nicht hätte erlassen werden sollen, weil es an der gesetzlichen Vorbedingung fehle, ohne welche das Gericht nie zur Urtheilsschöpfung schreiten darf. Diese Vorbedingung ist ein gültiges, in gehöriger Form gepflogenes Verfahren und wo solches fehlt, wird das Erkenntniß wegen Mangels dieser Voraussetzung als **sententia** *nulla* angefochten.

Erscheint eine solche Beschwerde — Nullitätsbeschwerde — als begründet, so ist eine doppelte Form ihrer Abhülfe zu unterscheiden. Bald wird

1) das erlassene Urtheil, beziehungsweise das Verfahren, soweit es mangelhaft ist, als nichtig aufgehoben, so, daß die Verhandlung von neuem begonnen und daraufhin so erkannt werden muß, als ob früher noch gar kein Erkenntniß erlassen worden wäre, soweit überhaupt eine neue Verhandlung und Entscheidung von der einen oder anderen Partei begehrt wird. Der Richter der Beschwerde geht also hier nicht in die Frage ein, welcher von beiden Theilen im Streitpunkte selbst Recht oder Unrecht habe, sondern er erklärt nur die ergangene Sentenz für ungültig und unwirksam (Cassation des Urtheils oder Verfahrens).

Bald wird in solchen Fällen

2) der Mangel im Verfahren vom Richter über die Beschwerde verbessert und nachdem solches geschehen, nun erst geprüft, ob das ergangene Urtheil seinem Inhalte nach eine **sententia iniqua** oder **justa** sey und dasselbe je nach dem Ergebniß dieser Prüfung wie unter **I.** abgeändert oder bestätiget.

Ob nun bei Nullitätsbeschwerden der eine oder andere Weg zur Abhülfe einzuschlagen sey, hängt von der Beschaffenheit des Mangels ab.

Auch diese Mängel haben nämlich wieder eine verschiedene Natur. Sie können

1) in dem Subject des Prozesses liegen, weil entweder kein

Kläger vorhanden ist, sey es überhaupt nicht, oder doch nicht in Bezug auf den Gegenstand, worüber entschieden wurde, oder weil die eine oder andere Partei resp. ihr Vertreter zur gerichtlichen Verhandlung der Sache nicht fähig oder berechtiget, oder weil das Gericht selbst dazu nicht befugt war.

Sie können

2) in der Art der Verhandlung liegen, indem entweder
   a) das Verfahren nicht vollständig gepflogen und dadurch der Partei, welche unterlegen ist, das ihr schon nach Vernunftrecht gebührende Gehör abgeschnitten, oder indem
   b) zwar die erforderlichen Prozeßhandlungen vorgenommen, dabei aber in Bezug auf die eine oder andere Handlung die im positiven Recht vorgeschriebenen Formen nicht beobachtet wurden.

Anlangend nun die Frage, in welchen dieser Fälle Cassation und in welchen Reformation eintreten soll, so fällt diese Frage in eines zusammen mit der weiteren, welche nullitates als insanabiles und welche als sanabiles — unheilbare und heilbare Nichtigkeiten — zu betrachten seyen, eine Eintheilung, welche von jeher vielen Streit veranlaßte, und wovon auch die Natur und Beschaffenheit der Rechtsmittel abhängt, welche den Parteien gegeben sind, um die Nullität des Urtheils geltend zu machen.

Nach der richtigen Ansicht entscheidet bei jener Eintheilung kein anderer Gesichtspunkt als der oben aufgestellte: ob nämlich die Nullitäten, wie schon die C.G.O. von 1554 Theil III. tit. 34. §. 2. andeutet, in der andern Instanz verbessert werden können oder nicht, und es liegt

ad 1. bei Mängeln im Subject des Prozesses klar vor Augen, daß bei dem Daseyn einer solchen Beschwerde von einer Verbesserung oder Heilung des Mangels keine Rede seyn kann. Es ist dem Richter nicht möglich, einen Kläger, wo und soweit es an diesem fehlt, in den Prozeß hereinzuziehen, die Unfähigkeit der Parteien zu heben oder dem nicht zuständigen

Gerichte die Zuständigkeit zu verleihen. Daher erklärt der j. R. A. §. 121 die Nullitäten **ex persona judicis vel partium** für unheilbare, d. h. es kann der Beschwerderichter, wenn eine solche Nullität vorliegt, der Beschwerde nicht anders abhelfen, als durch die Cassation des Urtheils und des Verfahrens.

Dagegen liegt

ad 2. bei Mängeln in der Beschaffenheit der Verhandlungen diese faktische Unmöglichkeit nicht vor. Der Beschwerderichter könnte hier immer, die Mängel mögen unter **a** oder **b** gehören, ein neues Verfahren selbst einleiten, die unterlassenen Handlungen anordnen und beziehungsweise die als formwidrig bezeichnete Handlung selbst neu vornehmen, um sofort auf den Grund dieser verbesserten Prozedur zu prüfen, ob nicht der vordere Richter etwa zufällig oder blindlings das Recht im Urtheil getroffen hat.

Allein der j. R. A. spricht **l. c.** auch von solchen unheilbaren Nichtigkeiten, welche **insanabilem defectum** aus den ***substantialibus*** des Prozesses nach sich führen, woraus folgt, daß ein Urtheil auch dann für nichtig erklärt werden muß, wenn es dem Verfahren an einem wesentlichen Bestandtheil fehlt, der zum vollständigen Gehör der Parteien nothwendig war. Dagegen wurde aber auch nur ein Mangel dieser Art für unheilbar erklärt und somit ist der Beschwerderichter bei Mängeln anderer Art auf die Reformation hingewiesen, namentlich, wenn es einer einzelnen Prozeßhandlung des Richters an der gehörigen Form fehlt.

Der Grund, aus welchem das Gesetz diese Unterscheidung macht, und aus welchem eine Erneuerung unvollständiger Verhandlungen bei dem Beschwerderichter nicht stattfinden soll, liegt darin, weil durch diese Erneuerung und Vervollständigung die Lage des Prozesses eine so ganz andere Gestalt gewinnen kann, daß der Prozeß gleichsam ein anderer geworden ist, und über die Sache, wie sich solche durch die neuen Verhandlungen gebildet hat, ein Urtheil aus der vorigen Instanz noch gar nicht vorliegt, so daß das Urtheil des

Beschwerderichters, welches in die Sache selbst eingehen würde, in Wahrheit nicht mehr ein Urtheil zweiter Instanz, sondern — hingesehen auf die veränderte Sachlage — das erste hierüber gefällte Urtheil wäre. Es würde also im Instanzenlauf eine Lücke entstehen, weil die vordere Instanz abgeschnitten ist. Gemeinrechtlich können die Nullitäten, welche Cassation zur Folge haben, nicht nur wie alle anderen Beschwerden im Wege der Appellation, sondern auch durch die — der Zeit nach viel länger offen stehende Nichtigkeitsklage geltend gemacht werden. Diese Folge der Nullitäten gehört jedoch in die Lehre von den Rechtsmitteln.

Nur über die weitere Eintheilung der Nullitäten in absolute und relative ist noch Folgendes zu bemerken.

Es hat zwar immer nur die unterliegende Partei Veranlassung, ein Urtheil als nichtig anzufechten, nicht aber der Sieger, absoluten die absoluten Nichtigkeiten können von jeder Partei, gleichviel welche derselben unterliegt, geltend gemacht werden, die relativen nur, wenn diejenige Partei unterlegen ist, zu deren Gunsten die Nullitätsbeschwerde gestattet ist. Wenn z. B. ein Kläger gar nicht vorhanden war, so kann sowohl die Person, welche als fingirter Kläger abgewiesen wurde, als auch der Beklagte, wenn er verurtheilt wurde, eine Nichtigkeitsbeschwerde erheben. Wenn dagegen der Kläger minderjährig war, so ist nur im Falle seiner Abweisung eine Nullitätsbeschwerde aus diesem Grunde denkbar, nicht aber, wenn der Beklagte verurtheilt wurde, es wäre vielmehr die Nichtigkeitsbeschwerde des Beklagten, wie Klapproth II. B. S. 599 bemerkt, eine frevelhafte uud strafbare Beschwerde.

l. 14. C. de procurat. 2. 13.

Was den badischen Prozeß hinsichtlich der Nullitäten betrifft, so wird

1) auch hier zwischen Aufhebung und Abänderung der Urtheile, Cassation und Reformation derselben unterschieden. §. 1170.

2) Die Cassation muß immer erfolgen, wenn ein defec-

tus in persona partium vel judicis vorhanden ist, oder wo die Nichtigkeit ausdrücklich angedroht wurde, denn hier ist eine Verbesserung oder Heilung unmöglich. Vergl. §. 3. 6. 57. 84. Auch ist es eine nothwendige Folge der ausdrücklichen Androhung einer Nichtigkeit, daß ein Urtheil, welches daran leidet, durch Ablauf einer Prozeßfrist nicht geheilt werden kann. Ebenso kann eine relative Nichtigkeit nur von derjenigen Partei geltend machen, in Ansehung derer die Nichtigkeit angedroht ist, obwohl hier

Zentner Rechtsmittel S. 117.

auch dem unterlegenen Gegner die, sonst aus einleuchtenden Gründen für frivol gehaltene Beschwerdeführung zugestehen will, vergl. die Landrechtssätze 66° und 1125.

3) Fehlt es an der Form bei Vornahme einer einzelnen Prozeßhandlung, so bestimmt für diesen Fall der §. 1224 der Prozeßordnung ausdrücklich, daß keine Zurückweisung, also keine Nichtigerklärung erfolgen, sondern der Oberrichter selbst die Prozeßhandlung neu vornehmen soll. Eben dieses nimmt man in der Regel

4) auch dann an, wenn es dem Verfahren an wesentlichen Bestandtheilen fehlt, so daß der Oberrichter nöthigenfalls ein ganz neues Verfahren anordnen müsse. Man wirft sogar zwei ganz verschiedene Fälle der Nothwendigkeit neuer Verhandlungen durcheinander, die wohl zu trennen sind, nämlich: ob weitere Verhandlungen wegen einer vom Unterrichter begangenen Nullität, oder ob sie deßhalb nöthig sind, weil der Oberrichter von einer anderen Rechtsansicht in der Hauptsache ausgeht. Die Ansicht, daß selbst im ersteren Falle — denn für den letzteren ist die Sache in §. 1223 klar entschieden — keine Aufhebung erfolgen dürfe, wird gleichfalls auf den §. 1223 gestützt, weil dieser allgemein verfüge, daß bei einem aus voriger Instanz vorliegenden Endurtheile der Oberrichter immer auch ein Urtheil über die Hauptsache, d. h. über Abweisung des Klägers oder Verurtheilung des Beklagten, erlassen müsse.

Dieser Ansicht stehen jedoch folgende Gründe entgegen.

a) Es würde hieraus folgen, daß man auch dann keine Cassation aussprechen könnte, wenn es an der Person des Richters oder der Parteien fehlt. Hier aber wäre die Ertheilung eines Erkenntnisses in der Hauptsache absolut unmöglich, woraus sich von selbst ergibt, daß jener §. nicht den allgemeinen Sinn haben kann, den man darin finden will, und daß die Interpretation von einem anderen Standpunkte versucht werden muß.

b) Die Bestimmung des §. 1224, welche von dem speziellen Falle „verletzter Vorschriften des Verfahrens bei Vor„nahme einer Prozeßhandlung" spricht, wäre ganz unnöthig. Es wäre unerklärlich, wie der Gesetzgeber, nachdem er eine allgemeine Regel aufgestellt hatte, einen offenbar darunter gehörigen Fall von minderer Erheblichkeit noch besonders erwähnen konnte, um die Regel darauf anzuwenden. Es deutet vielmehr dieser Umstand an, daß es Fälle geben muß, in welchen die Verletzung der Vorschriften des Verfahrens eine Zurückweisung oder Cassation rechtfertiget. Es liegt aber auch

c) eine andere Interpretation des §. 1223 ziemlich nahe. Der §. 1170 unterscheidet deutlich zwischen Anfechtung des Urtheils und zwischen Anfechtung des Verfahrens (**modus procedendi**). Er spricht ferner von Aufhebung des Urtheils oder des Verfahrens.

Der §. 1223 dagegen spricht deutlich nur von einem angefochtenen Urtheil, also von einer Beschwerde wegen **sententia injusta**, während sodann erst der §. 1224 von den Nullitätsbeschwerden handelt, aber nur für eine einzelne Klasse derselben die Regel des §. 1223 anwendet, im Uebrigen also, gleich dem gemeinen Rechte und wenn auch nur indirect, die Aufhebung des Verfahrens und folgeweise des darauf gebauten Urtheils sanetionirt.

Es ist somit hinsichtlich der Frage, wann der Beschwerderichter kassiren und wann er reformiren soll, am gemeinen Rechte nichts geändert worden, und nach genauer Erwägung

auch nicht wünschenswerth, daß in dieser Beziehung etwas geändert worden wäre.

Eine andere Frage aber ist es, ob für die Einführung und Geltendmachung von Nichtigkeitsbeschwerden die Rechtsmittel dieselben geblieben sind, wie im gemeinen Rechte, und hier wird seiner Zeit in der betreffenden Lehre ein wesentlicher Unterschied zwischen beiden Rechten nachgewiesen werden.

BIBLIOTHECA REGIA MONACENSIS.

Bayerische StaatsBibliothek

Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Stabel, Anton von

Vorträge über den bürgerlichen Prozeß

Bd.: 1

Heidelberg 1845

J.pract. 280 c-1
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10554732-0